

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA



CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de dos mil quince (2015)

ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	BANCOLOMBIA S.A.
DEMANDADA:	UAE DIAN
RADICADO:	050012331000-2010-00505-01 (20029)
DECISIÓN:	MODIFICA LA SENTENCIA APELADA IMPUESTO SOBRE LA RENTA AÑO GRAVABLE 2006

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 28 de enero de 2013 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO. SE DECLARA la nulidad parcial de la Liquidación Oficial de Revisión No. 900005 del 23 de septiembre de 2008 del 14 de abril de 2004 (sic), proferida por la División de Liquidación Tributaria de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, por medio de la cual se modificó la liquidación privada de BANCOLOMBIA S.A., y de la Resolución No. 900080 del 15 de octubre de 2009, emitida por la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la misma Administración, a través de la cual se resolvió el recurso de reconsideración presentado contra aquella, disminuyendo el impuesto de renta y la sanción por inexactitud determinados en la

Liquidación Oficial.

SEGUNDO. Consecuente con lo anterior, y a título de **restablecimiento del derecho**, **SE DECLARA** la firmeza parcial de la Declaración Privada del Impuesto sobre la Renta y Complementarios del periodo gravable 2006, presentada por BANCOLOMBIA S.A.

En consecuencia, se ordena a la entidad demandada, que efectúe una nueva Liquidación Oficial de Revisión, en la cual se incluya el valor deducido por Bancolombia S.A., por concepto de ingresos percibidos por la venta de inmuebles recibidos en dación en pago, más no los factores utilizados por la Administración Tributaria en el proceso de determinación del mayor impuesto a pagar, para elevar el precio de venta de tales inmuebles al límite del costo de que trata el inciso 4 del artículo 90 del Estatuto Tributario. Adicionalmente, se deberá descontar las sumas impuestas al concepto de sanción por inexactitud.

TERCERO. DE OFICIO SE DECLARA probada la excepción de inexistencia del derecho de la parte actora respecto del restablecimiento pretendido por la anulación de las glosas referidas a la adición de ingresos por mayor valor en venta de inmuebles recibidos en dación en pago y pérdida de Bancolombia S.A., en la liquidación de la sociedad 3001 S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa.

CUARTO. SE ORDENA a la entidad demandada, la devolución, si fuera pertinente, de las sumas que la sociedad demandante haya cancelado en virtud de los anteriores factores, valor que será actualizado de conformidad con la fórmula señalada en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO. SE DENIEGAN LAS DEMÁS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

SEXTO. Conforme al artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no se condena en costas a ninguna de las partes.

SÉPTIMO. Désele cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

OCTAVO. Se reconoce personería a la abogada Margarita María Arboleda Cañas, con T.P. No 93.099 del C.S.J., para representar los intereses de la entidad demandada, en los términos del poder conferido y obrante a folio 286. No se reconocerá personería a la abogada Yolima de los Ángeles

Ramírez Bernal, para actuar en calidad de apoderada sustituta, hasta tanto acredite su calidad de abogada en la forma establecida en el artículo 22 del Decreto 196 de 1971.

NOVENO. *Ejecutoriada esa decisión, archívese el expediente”.*

1. ANTECEDENTES

1.1 Hechos

El 16 de mayo de 2007, la sociedad BANCOLOMBIA S.A. presentó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios correspondiente al año gravable 2006, liquidando un saldo a favor en la suma de \$22.208.123.000, cuya **devolución y/o compensación se solicitó el 23 de julio de 2007.**

El 23 de agosto de 2007, la DIAN – Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, decidió suspender, por el término de 90 días, el trámite de la solicitud de devolución y/o compensación.

El 26 de septiembre de 2007, el representante legal del banco solicitó la revocatoria directa de la anterior decisión.

El 2 de octubre de 2007, mediante la Resolución Nro. 001, la DIAN rechazó por improcedente la solicitud de revocatoria directa del auto de suspensión.

El 14 de diciembre de 2007, el banco corrigió la declaración inicial presentada por concepto del impuesto sobre la renta por el año gravable 2006. En esa oportunidad disminuyó los ingresos y las deducciones por gastos de administración y, en esa medida, la renta líquida no sufrió ninguna variación. Así las cosas, nuevamente registró un saldo a favor por la suma de \$22.208.123.000.

El 27 de diciembre de 2007, la División de Fiscalización Tributaria de la DIAN profirió el **Requerimiento Especial Nro. 900006**, mediante el cual propuso modificar la declaración de corrección, en los siguientes términos:

Concepto	Valor declarado \$	Valor propuesto DIAN \$	Diferencia \$
Total ingresos netos	4.546.556.443.000	4.564.535.234.000	17.978.791.000
Total deducciones	4.158.130.610.000	4.120.697.615.000	37.432.995.000
Compensaciones	50.936.011.000	24.213.588.000	26.722.423.000
Total impuesto a cargo	60.824.592.000	91.214.250.000	30.389.658.000
Sanción por inexactitud	0	48.623.453.000	48.623.453.000
Total saldo a pagar	0	56.804.988.000	56.804.988.000
Total saldo a favor	22.208.123.000	0	22.208.123.000

El 23 de septiembre de 2008, la División de Liquidación Tributaria de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín profirió la **Liquidación Oficial de Revisión Nro. 900005**, mediante la cual modificó la declaración de corrección presentada por la sociedad por concepto del impuesto sobre la renta del año gravable 2006, en los mismos términos planteados en el requerimiento especial.

El 12 de noviembre de 2008, el banco corrigió nuevamente la declaración del impuesto sobre la renta por el año gravable 2006, oportunidad en la que disminuyó la suma de \$201.981.000 de los gastos operacionales de administración e incluyó una sanción por inexactitud por la suma de \$59.787.000, lo que condujo a que se redujera el saldo a favor a \$22.073.602.000

El 20 de noviembre de 2008, el representante legal del banco interpuso recurso de reconsideración contra la citada liquidación oficial de revisión.

El recurso de reconsideración fue resuelto el 15 de octubre de 2009 mediante la **Resolución Nro. 900080**, que aceptó la reducción de la sanción por inexactitud y

fijó en la suma de \$19.760.301.000 el valor total a pagar por concepto del impuesto en discusión.

Finalmente, la determinación oficial del tributo se realizó de la siguiente manera:

Concepto	Valor declarado 14/12/07 \$	Liquidación Oficial de Revisión \$	Declaración de corrección provocada 12/11/08 \$	Recurso de reconsideración \$
Total ingresos netos	4.546.556.443.000	4.564.535.234.000	4.546.556.443.000	4.564.535.234.000
Total deducciones	4.158.130.610.000	4.120.697.615.000	4.157.928.628.000	4.121.480.905.000
Renta líq. ord. ejercicio	306.209.111.000	361.620.897.000	306.411.093.000	360.837.607.000
Renta líquida	255.473.100.000	337.407.309.000	255.475.082.000	309.901.596.000
Renta líquida gravable	164.592.772.000	246.524.999.000	164.592.772.000	219.019.286.000
Total impuesto a cargo	60.824.592.000	91.214.250.000	60.899.326.000	81.037.136.000
Sanción por inexactitud	0	48.623.453.000	59.787.000	21.755.880.000
Total saldo a pagar	0	56.804.988.000	0	19.760.301.000
Total saldo a favor	22.208.123.000	0	22.073.602.000	0

1.2 Pretensiones

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante solicitó que se declare lo siguiente:

“1. La NULIDAD de los actos administrativos proferidos por la DIAN que a continuación se describen:

a) Que se declare la nulidad de la Resolución No. 900080 del 15 de octubre de 2009 que resuelve el recurso de reconsideración interpuesto contra la Liquidación Oficial de Revisión, expedida por la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, notificada por edicto fijado el 3 de noviembre de 2009, desfijado el 17 de noviembre del mismo año, con la que se disminuyó el impuesto de renta y la sanción por inexactitud determinados en la liquidación oficial de revisión, estableciéndolos en la suma de veinte mil ciento treinta y siete millones ochocientos diez mil pesos (\$20.137.810.000) y veintiún mil setecientos cincuenta y cinco millones ochocientos ochenta mil pesos (\$21.755.880.000), respectivamente, arrojando un

saldo a pagar de diecinueve mil setecientos sesenta millones trescientos un mil pesos (\$19.760.301.000).

b) Que se declare la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión número 900005 del 23 de septiembre de 2008 expedida por la División de Liquidación Tributaria de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, mediante la cual se modificó la liquidación privada de la sociedad.

2. Declarada la nulidad de la actuación administrativa descrita, se RESTABLEZCA EL DERECHO de la sociedad BANCOLOMBIA S.A., declarando que por el año gravable 2006 las bases del impuesto de renta y el saldo a favor consagrados en la corrección a la declaración presentada el 12 de noviembre de 2008 con sticker número 070001260166396, se mantienen, y la declaración queda en firme, de forma tal que el saldo a favor es de veintidós mil setenta y tres millones seiscientos dos mil pesos (\$22.073.602.000).

3. Que con fundamento en lo anterior, se ordene la devolución inmediata del saldo a favor originado en la declaración de renta del año 2006; devolución que ya fue solicitada con el cumplimiento de los requisitos legales el 23 de julio de 2007, con los intereses corrientes establecidos en el inciso segundo del artículo 863 del Estatuto Tributario, los cuales se causarán desde la fecha de notificación del requerimiento especial, a saber, el 27 de diciembre de 2007, hasta la fecha de la entrega efectiva del cheque.

4. Declarada la nulidad de la actuación administrativa descrita, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, solicito condenar en costas a la entidad demandada en virtud de su actuación”.

1.3 Las normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante afirmó que con la actuación de la Administración de Impuestos se transgredieron los artículos 26, 29 y 48 de la Constitución Política; 2, 35, 36 y 84 del Código Contencioso Administrativo; 26, 30, 89, 90, 107, 147, 148, 151, 153, 301, 350, 647-6, 703, 712 y 730-4 del Estatuto Tributario (en adelante ET) y 264 de la Ley 223 de 1995.

El concepto de la violación lo desarrolló de la siguiente manera:

1.3.1 Adición de ingresos por mayor valor en venta de bienes inmuebles recibidos en dación en pago, en cuantía de \$17.978.791.000

Según la parte demandante, la Administración adicionó como ingreso la suma de \$17.978.791.000, porque consideró que los bienes inmuebles recibidos por el banco en dación en pago son activos fijos sometidos a la presunción prevista en el inciso cuarto del artículo 90 del ET.

En los actos administrativos demandados se aplicó la citada presunción, pero, se obvió que ésta admite prueba en contrario¹; por lo tanto, se equivocó la DIAN al no tener en cuenta el precio real de venta de los bienes inmuebles recibidos en dación en pago, registrado por el banco en su contabilidad, valor de venta que no está en discusión.

Con ocasión del recurso de reconsideración, la Administración reconoció que los inmuebles recibidos en dación en pago son activos movibles disponibles para la venta, pero insistió en la aplicación de la presunción a la que se ha hecho alusión, pese a que los supuestos de hecho son diferentes.

Para la determinación de la renta bruta en la venta de inmuebles recibidos en dación en pago, que se contabilizan como otros activos disponibles para la venta, la norma aplicable es el artículo 89 del ET, que permite que de los ingresos se resten los costos atribuibles a los mismos, tal como el banco lo aplicó en el momento de determinar su renta por el año gravable en discusión.

En casos como el presente, la aplicación de la presunción del inciso cuarto del artículo 90 del ET implica un doble impuesto para el contribuyente, si se tiene en

¹ Cfr. la sentencia de la Corte Constitucional C-245 de 2006.

cuenta que el costo de adquisición de los inmuebles constituyó ingreso para el banco en el momento de recibirlos, en lo que respecta a la renta por recuperación de deducciones por provisión de cartera².

Entonces, al aplicarse la citada presunción, en el evento en el que el banco venda el inmueble por debajo del costo de adquisición y, más aún, del costo ajustado por inflación, dicha presunción grava nuevamente al contribuyente con el impuesto sobre la renta, sobre el mismo valor de adquisición del inmueble, respecto del que ya se ha tributado.

Además, se debe tener presente que el banco practicó los ajustes por inflación sobre todos los activos no monetarios, incluidos los bienes recibidos en dación en pago, que fueron objeto de enajenación en el año 2006.

Comoquiera que el ajuste por inflación implica un ingreso que debe reflejarse en la declaración de renta, no es procedente adicionarlo al costo que sirve de base para la determinación del precio de venta mínimo presunto al que se refiere el inciso cuarto del artículo 90 del ET, porque quedarían doblemente gravados: (i) como ingreso en el año en que se calcularon y (ii) como mayor ingreso en el año de la venta.

Finalmente, destacó que en el cálculo que la DIAN hace de la adición de ingresos en la suma de \$17.978.791.000, se obvió que \$3.506.832.096 ya habían sido incluidos en la declaración de renta como renta gravable, proveniente de la utilidad en la enajenación.

1.3.2 Desconocimiento de la pérdida por siniestro de efectivo y canje por la suma de \$571.529.426 y por fraude en tarjetas de crédito por la suma de \$16.646.200.812

² Cfr. la sentencia del Consejo de Estado del 28 de enero de 2010, radicado Nro. 17202, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

La parte actora explicó que una de las principales actividades generadoras de renta consiste en la emisión de tarjetas de crédito a sus clientes, que se utiliza como un medio de pago en establecimientos afiliados.

Este producto, al igual que otros que posee el banco, lleva implícitos unos riesgos que han sido calificados por la Superintendencia Financiera como riesgos operativos, que son de responsabilidad de la entidad financiera de acuerdo con la Circular 052 de 2007.

Independientemente de la modalidad, cualquier tipo de fraude representa para el banco el pago a terceros, ya sea por (i) las comisiones que se deben pagar a otras redes bancarias por la utilización de sus cajeros automáticos, con ocasión de las operaciones fraudulentas con las tarjetas de crédito que expide BANCOLOMBIA S.A. y (ii) los pagos a los establecimientos afiliados por concepto de consumos hechos con las tarjetas de crédito objeto de hurto o uso fraudulento.

Es innegable que el valor asumido o reintegrado de las comisiones en la utilización de otras redes, son gastos que tienen relación directa con la actividad productora de renta del banco, de manera que la entidad bancaria también recibe ingresos por comisiones en la utilización de su red por clientes de otros bancos, sin que importe si la transacción por la que los recibe es fraudulenta o no.

En cuanto a los pagos hechos a los establecimientos afiliados por concepto de consumos, es claro que tratándose de una maniobra fraudulenta, el banco emisor de la tarjeta de crédito no puede cobrar al cliente el valor de dicha operación, es decir, queda obligado a asumir el pago porque ni contractualmente ni por costumbre puede repetir contra el cliente.

De manera que todas las sumas de dinero registradas en la cuenta 5217 se originan en un gasto en el que incurre el banco por eventos atribuibles a un riesgo operativo.

En este caso, el rechazo de la suma en discusión se fundamentó en el incumplimiento de los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad propios de la fuerza mayor (art. 148 ET), es decir, la DIAN no analizó que los conceptos registrados en las cuentas 521735041, 521745101 y 521745102 corresponden a gastos y no a pérdidas de activos, lo que trae consigo que la norma aplicable sea el artículo 107 del ET.

En este orden de ideas, los gastos originados en siniestros de efectivo y canje, así como por fraude en tarjetas de crédito, constituyen expensas en las que incurrió el banco, derivadas de hechos fraudulentos o delictivos, que son las normales y acostumbradas para el sector financiero; por lo tanto, son necesarias y tienen relación directa con la actividad productora de renta³, tal como lo exige el artículo 107 en cita.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el requisito de proporcionalidad, éste se cumplió porque la deducción se solicitó por la suma total de \$17.213.730.238 y el monto de los ingresos operacionales directos del banco, para el año 2006, ascendió a la suma de \$4.276.792.853.000, es decir, el gasto representa un 0,403% dentro de los ingresos totales del contribuyente.

De manera que la DIAN, al limitar su análisis solo a la denominación de la cuenta, confundió el gasto solicitado como deducción con una pérdida de activos fijos, lo que condujo a exigir al contribuyente la prueba señalada en el artículo 148 del ET sobre la ocurrencia de hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, norma que no es aplicable.

³ En sustento de esta afirmación transcribe apartes de las sentencias del 21 de agosto de 1998, radicado Nro. 8906, del 13 de octubre de 2000, radicado Nro. 13631 y del 25 de octubre de 2006, radicado Nro. 14796, y del Concepto Unificado Nro. 1 de 1982.

Es que el hecho de que la cuenta 521745 se denomine “*siniestros*”, dentro del Plan Único de Cuentas Financiero, no significa que en la realidad económica el siniestro se haya producido para el banco, simplemente, se trata del cumplimiento de una obligación frente al establecimiento afiliado o frente al cliente.

Por otra parte, la DIAN desconoció estas deducciones basada en un argumento ilegal, según el cual, no es deducible el gasto porque no se contrataron los seguros suficientes para cubrir la totalidad de las erogaciones incurridas para responder por esos riesgos.

Esta afirmación carece de sustento legal porque no existe norma que obligue a contratar un seguro, menos aún, que establezca valores mínimos asegurables, como tampoco que lo señale como requisito para tener derecho a la deducibilidad del gasto.

No es de recibo la explicación de la Administración, según la cual, solo es deducible el valor pagado por las primas de seguro, porque no existe norma que le impida al contribuyente responder, junto con la aseguradora, por sus obligaciones.

1.3.3 Desconocimiento de la pérdida en la liquidación de la sociedad 3001 S.A., por la suma de \$19.431.974.980

Aclaró que no se solicitó la deducción de pérdidas en la enajenación de acciones por la suma de \$19.431.974.980, sino la deducción de una pérdida en la liquidación de una compañía de la cual era accionista.

Es cierto que BANCOLOMBIA S.A. poseía una inversión en 3001 S.A. por la suma de \$33.076.160.000, pero, como consecuencia de su liquidación en el año 2006, sufrió una pérdida en la suma de \$30.177.305.442, que al afectar el estado de pérdidas y ganancias fue tomada como gasto deducible por cumplir los requisitos señalados en el artículo 107 del ET y no existir norma que impida solicitar la deducción de las pérdidas en liquidación de sociedades.

El artículo 107 del ordenamiento fiscal es la norma aplicable en este caso; sin embargo, no fue tomada en cuenta en el requerimiento especial y aunque en la liquidación oficial de revisión se citó, la Administración no justificó el rechazo por incumplimiento de los requisitos señalados en la misma.

Solo hasta la resolución que decidió el recurso de reconsideración la Administración sostuvo que se trata de una pérdida que no se encuentra autorizada por la ley, proceder con el que se vulneró el derecho de defensa del contribuyente, en la medida en que se le impidió controvertir este nuevo argumento.

Adicionalmente, se desconoció el Concepto de la DIAN Nro. 017627 del 28 de febrero de 2006.

Por otra parte, el artículo 151 del ET, citado en la liquidación oficial de revisión, no se puede extender a las pérdidas derivadas de la liquidación de sociedades, porque no se presenta una enajenación de activos, sino de entrega de remanentes como liquidación del pasivo interno de la sociedad.

Ahora bien, si la pérdida en la liquidación de sociedades es deducible, porque así lo aceptó la DIAN por la suma de \$10.675.926.214, lo es en su totalidad, ya que la pérdida del artículo 151 en cita, solo se puede predicar de la sociedad liquidada 3001 S.A. frente al cesionario de las acciones (COLCORP o SINESA) y no respecto de BANCOLOMBIA, quien no participó en las transacciones citadas por la Administración.

Las pruebas aportadas por el banco sí eran conducentes y eficaces para demostrar los hechos en los que se fundamentaba la deducción practicada, valores que resultan de restar al monto recibido por la liquidación de la sociedad, las cuantías invertidas en ella, que están plenamente demostradas con los documentos reconocidos por la DIAN en la resolución que decidió el recurso de reconsideración.

En lo que concierne al tema probatorio, la actuación oficial vulneró el derecho de defensa al pretender que el banco compruebe que quien recibió la cuota de liquidación no era socio de la entidad que se liquidó.

1.3.4 Falsa motivación

En el requerimiento especial y en la liquidación oficial de revisión, la única motivación que expuso la Administración para desconocer las glosas en discusión, fueron las siguientes:

- i) Adición de ingresos: lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 90 del ET.
- ii) Desconocimiento de deducciones por pérdidas por siniestro de efectivo y canje y fraude en tarjetas de crédito: no se demostró la existencia de fuerza mayor como requisito señalado en el artículo 148 del ET y el hecho de que a la sociedad se le había reconocido como deducción por concepto de seguros de depósito y otros, la suma de \$68.416.908.706.
- iii) Pérdida derivada de la liquidación de la sociedad 3001 S.A: que esta pérdida no le pertenecía al contribuyente.

Pero, en la resolución que decidió el recurso de reconsideración contra la liquidación oficial de revisión, la DIAN agregó otros motivos diferentes, a saber:

- i) Adición de ingresos: reconoció que los bienes inmuebles no son activos fijos, pero insistió en aplicar la presunción, a pesar de que se desestimó el supuesto fáctico en el que se sustentó la liquidación oficial de revisión. Además, partió de la base de que el costo mínimo de enajenación a tener en cuenta es el costo ajustado por inflación, pese a que la norma solo se refiere al costo de adquisición, sin ajustes por inflación.

- ii) Desconocimiento de deducciones por pérdidas por siniestro de efectivo y canje y fraude en tarjetas de crédito: se fundamentó en los mismos argumentos, pero se obvió que no se trata de activos de la entidad bancaria. Son gastos en los que incurrió el banco por ser el responsable, depositario y custodio de los recursos, y el obligado al pago efectivo a los establecimientos afiliados por la relación de crédito con sus clientes.
- iii) Pérdida derivada de la liquidación de la sociedad 3001 S.A: se expuso que esta pérdida no le correspondía al contribuyente y que la deducción no cumplía con los requisitos de necesidad y causalidad que exige el artículo 107 del ET.

Es decir, en esta última actuación, la Administración pretendió corregir la inconsistencia que presenta la argumentación expuesta en la liquidación oficial de revisión, lo que refleja la falsa motivación de los actos administrativos demandados.

1.3.5 Sanción por inexactitud

Esta sanción resulta improcedente por las siguientes razones:

- i) Porque el gasto fue real, completo y ajustado a las normas generales de deducción, específicamente al artículo 107 del ET.
- ii) Porque la glosa que la DIAN formula respecto de la deducción de la pérdida derivada de la liquidación de la sociedad 3001 S.A., no tiene sustento en la inexistencia del gasto, sino en el criterio de la misma Administración, que considera que una parte de la pérdida soportada por el banco en dicha liquidación, sí es deducible, en tanto que otra no.

Entonces, si se acepta que al menos una parte de la pérdida sufrida en la citada liquidación es deducible, mal puede haber sanción por inexactitud por el hecho de que el banco haya solicitado como deducible la totalidad de esta pérdida.

- iii) Porque los hechos declarados son ciertos y la discusión gira en torno a dos interpretaciones jurídicas, prueba de ello es el debate que se ha sostenido a lo largo del proceso de fiscalización.

1.4 Contestación de la demanda

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

1.4.1 Adición de ingresos por mayor valor en venta de bienes inmuebles recibidos en dación en pago, en cuantía de \$17.978.791.000

Afirmó la DIAN que el fundamento jurídico de la glosa planteada siempre ha sido el inciso cuarto del artículo 90 del ET; por lo tanto, no es cierto que en el recurso de reconsideración se estén exponiendo nuevos argumentos.

Se debe tener en cuenta que la norma en cita se refiere a un “*bien raíz*”, como lo son los bienes recibidos en dación en pago, de manera que es indiferente que se trate de activos fijos o movibles.

Se comprobó que el banco (i) recibió bienes raíces en dación en pago y (ii) determinó de modo improcedente la pérdida solicitada fiscalmente.

El artículo 90 del ET fija, indistintamente, los parámetros de determinación de la renta derivada de la enajenación de activos, sean fijos o movibles, y distingue únicamente en lo que se refiere a la imputación de las utilidades obtenidas en la

enajenación de activos fijos depreciables y a la fijación del precio comercial para los bienes raíces.

En este orden de ideas, la renta bruta o la pérdida proveniente de la enajenación de activos son independientes de su naturaleza de fijos o movibles.

En lo que tiene que ver con el argumento de la doble imposición, precisó que el banco vendió los bienes raíces recibidos en dación en pago por debajo del costo fiscal que debe incluir los ajustes integrales por inflación; por lo tanto, al solicitar su pérdida, desconoció lo previsto en la norma antes citada.

No se están gravado nuevamente las deducciones recuperadas a los ajustes por inflación aplicados, porque el origen y naturaleza de esos ingresos son diferentes a los discutidos en esta oportunidad.

En sustento de sus afirmaciones, transcribió un aparte de la sentencia del 28 de mayo de 2009, radicado Nro. 16419, C. P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

1.4.2 Desconocimiento de la pérdida por siniestro de efectivo y canje por la suma de \$571.529.426 y por fraude en tarjetas de crédito por la suma de \$16.646.200.812

Teniendo en cuenta que los valores desconocidos provienen de los registros de las cuentas PUC 521735041 (pérdidas por siniestros de efectivo y canje) y 521745101 y 521745102 (pérdida por siniestro en fraudes de tarjeta de crédito), se constató que procedía el desconocimiento de la pérdida solicitada por el incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 148 del ET, que regula la deducción por pérdida de activos.

En la actividad financiera: (i) es previsible la ocurrencia de robos y fraudes a sus clientes, que obligan al banco a asumir responsabilidades frente a éstos, por el uso

de los cajeros de otras entidades y de tarjetas de crédito y (ii) es resistible el hecho, por cuanto tienen la probabilidad de obtener seguros que cubran tales contingencias.

Así las cosas, no se cumplió con los requisitos para que se configure la fuerza mayor como requisito para que proceda el reconocimiento de las pérdidas que asumió el banco como tercero, independientemente de que no esté probada su imputabilidad directa en tales hechos.

En este caso no se puede analizar el cargo en los términos señalados en el artículo 107 del ET, porque la norma es clara en indicar que la deducción depende de la relación de causalidad, necesidad y proporcionalidad directa con la actividad productora de renta.

Entonces, comoquiera que los hechos delictivos y fraudulentos no hacen parte de la actividad productora de renta del banco, es evidente que no se cumplen los requisitos que la norma tributaria exige para que se reconozca la pérdida por los conceptos señalados. En este sentido, citó la sentencia del 25 de septiembre de 1998, radicado Nro. 9018, C. P. Delio Gómez Leiva.

Tampoco es válido el argumento, según el cual, el silencio de la DIAN respecto de las otras pérdidas no cuestionadas de la cuenta PUC 5217, implica su aceptación.

Al respecto, en la resolución que decidió en reconsideración, se explicó que la fiscalización solo se adelantó frente a las pérdidas que le llamaron la atención a la Administración.

1.4.3 Desconocimiento de la pérdida en la liquidación de la sociedad 3001 S.A., por la suma de \$19.431.974.980

En desarrollo de la investigación tributaria, la DIAN estableció que existía una vinculación económica entre BANCOLOMBIA y la sociedad 3001 S.A.; en

consecuencia, consideró que en virtud del artículo 107 del ET, la deducción por concepto de pérdidas en la liquidación de sociedades no tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta del banco; por lo tanto, no era procedente su deducibilidad.

Lo anterior, porque en la legislación colombiana no está prevista la pérdida por la liquidación de sociedades.

Además, la pérdida solicitada pertenecía a la sociedad 3001 S.A. en liquidación y no al banco.

1.4.4 Sanción por inexactitud

En la declaración de renta del año gravable 2006 el banco informó datos desfigurados, lo que trajo consigo un menor impuesto; en consecuencia, se cumplieron los presupuestos previstos en el artículo 647 del ET para que proceda la sanción por inexactitud.

1.5 Sentencia apelada

El Tribunal accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes razones:

1.5.1 Adición de ingresos por mayor valor en venta de bienes inmuebles recibidos en dación en pago, en cuantía de \$17.978.791.000

De conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional C-245 de 2006, el Tribunal afirmó que el inciso cuarto del artículo 90 del ET no limita al contribuyente en su declaración de renta, es decir, esta norma no establece una base gravable mínima, sino que fija un precio mínimo de venta; por ende, no obliga a los contribuyentes a tributar sobre una base superior a la real.

El único argumento expuesto por la DIAN para fundamentar el rechazo en cuestión, fue que por tratarse de bienes raíces no se aceptaba un precio inferior al costo.

En este caso no se cuestionó el valor real de los bienes inmuebles; lo que se hizo fue ajustar el precio de enajenación, sin haber comprobado que el valor comercial asignado por las partes estaba por debajo de los límites señalados en la norma.

De manera que en el proceso de fiscalización era competencia de la Administración debatir las pruebas aportadas por el contribuyente respecto del valor real de los bienes, y no limitarse a aplicar la presunción prevista en el inciso cuarto del artículo 90 en cita.

Lo que hizo la DIAN fue ajustar el precio de enajenación, sin demostrar que el valor comercial fijado por las partes estaba por debajo de los límites señalados en la norma. Al respecto, transcribió apartes de la sentencia del 13 de marzo de 2003, radicado Nro. 12946, C. P. María Inés Ortiz Barbosa.

Por lo expuesto, concluyó que la parte actora desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados; en lo que tiene que ver con este cargo de ilegalidad, dijo que “**prosperará el cargo de nulidad de la glosa bajo análisis**”.

Sin embargo, **no se accedió al restablecimiento del derecho** reclamado, porque en asuntos como el presente no procede *ipso facto* el reconocimiento del derecho solicitado, sino que para que tal petición sea reconocida es necesario que la parte interesada demuestre que al amparo de la normativa vigente y pertinente era acreedora del beneficio invocado.

En el *sub exámine*, la pérdida originada en la venta de bienes raíces recibidos en dación en pago no es descontable para las entidades bancarias; así se señaló en la sentencia del 28 de mayo de 2009, radicado Nro. 16419, C. P. Martha Teresa

Briceño de Valencia⁴, posición reiterada en la sentencia del 11 de marzo de 2010, radicado Nro. 16599, C. P. William Giraldo Giraldo.

Con fundamento en los anteriores pronunciamientos, señaló que la deducción pretendida por el banco, por los ingresos percibidos por la venta de bienes inmuebles recibidos en dación en pago, no es procedente, pero por razones diferentes a las expuestas por la DIAN en los actos impugnados.

En este orden de ideas, el banco nunca tuvo derecho a tal beneficio; por lo tanto, no es viable plantear la existencia de una situación consolidada en su favor y mucho menos aducir la precedencia de derechos adquiridos⁵ que en virtud la anulación de tal glosa deban ser resarcidos o restablecidos.

Por lo expuesto, y en virtud del inciso segundo del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, **de oficio, se declaró probada la excepción de inexistencia del derecho pretendido** por parte del banco demandante; en consecuencia, no se accedió al restablecimiento del derecho solicitado.

1.5.2 Desconocimiento de la pérdida por siniestro de efectivo y canje por la suma de \$571.529.426 y por fraude en tarjetas de crédito por la suma de \$16.646.200.812

El Tribunal expuso que respecto de la naturaleza de las cuentas PUC 521735041, 5217455101 y 521745102, en la sentencia del 31 de mayo de 2012, sin número de

⁴ En esta sentencia se transcriben apartes de la sentencia (sin fecha), radicado Nro. 12066, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

⁵ Sobre el concepto y alcance de la protección a los derechos adquiridos, ver entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional: C-168 de 1995, C-189 de 1996, C-147 de 1997, C-596 de 1997, C-926 de 2000, C-058 de 2002, C-789 de 2002, C-754 de 2004, C-781 de 2003, C-663 de 2007 y la C-983 de 2010, en la que se hizo una diferenciación entre aquellos con las expectativas legítimas. Del Consejo de Estado, la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del 3 de junio de 1997, radicado Nro. AI 004, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez y del 6 de marzo de 2012, radicado Nro. 2011-00003-00 (IJ), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

radicado⁶, el Consejo de Estado al analizar un caso análogo al presente, se refirió a este tema y lo estudió a la luz de que los riesgos operativos consignados en tales cuentas encajan dentro de las pérdidas de que trata el artículo 148 del ET.

Según el *a quo*, este pronunciamiento avala la tesis sostenida por la DIAN, que rechazó el reconocimiento de la pérdida en discusión porque el banco no demostró la ocurrencia de la fuerza mayor.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la discusión planteada por el banco, relativa a que la Administración no lo podía obligar a contratar pólizas de seguros para cubrir el 100% de los riesgos, porque esta exigencia se traduciría en violación a la libertad de empresa, precisó que a dicho requerimiento no se le puede dar tal interpretación, ya que en últimas, lo que sugiere es una conducta prudente del banco frente a las contingencias que se puedan presentar y, en todo caso, bajo el supuesto de que la póliza contratada por la entidad financiera no cubriera todos los siniestros ocurridos, era deber del banco demostrar las características de imprevisibilidad e irresistibilidad que señala el artículo 64 del Código Civil, respecto de los hechos que le generaron pérdida, lo que ciertamente no sucedió.

Por lo anterior, no accedió a este cargo de ilegalidad.

1.5.3 Desconocimiento de la pérdida en la liquidación de la sociedad 3001 S.A., por la suma de \$19.431.974.980

Previa confrontación entre el requerimiento especial, la liquidación oficial de revisión y la resolución que desató el recurso de reconsideración, el Tribunal concluyó que en este último acto administrativo la DIAN “se retractó” del argumento principal que fundamentó el rechazo de la glosa en los actos que le antecedieron, vale decir, la vinculación económica entre las sociedades vendidas por la sociedad 3001 S.A. en

⁶ En esta sentencia se cita la del 24 de julio de 2008, radicado Nro. 16123, C.P. María Inés Ortiz Barbosa.

liquidación y Bancolombia S.A. y, a su vez, adicionó un nuevo soporte relativo a que ésta no es deducible por no estar autorizada en la ley.

Es decir, la Administración no mantuvo incólume el supuesto de derecho que motivó el rechazo, sino que, aparte de revalorarlo, presentó una nueva argumentación, lo que se traduce en la vulneración del derecho de defensa del contribuyente.

Sin embargo, consideró que esto no era suficiente para proceder al reconocimiento automático de la pretensión indemnizatoria por tal concepto, porque si bien es cierto, le asiste razón al banco al sostener que el artículo 151 del ET no era aplicable para el rechazo de la glosa, lo que constituye otra razón adicional para la falsa motivación, también lo es que el ordenamiento fiscal no contempla la pérdida por la liquidación de sociedades; en consecuencia, no se cumplió con los requisitos previstos en el artículo 107 *ibídem*, para que proceda la deducción solicitada.

En sustento de esta afirmación transcribió apartes de la sentencia del 8 de octubre de 2009⁷.

En este orden de ideas, de oficio, se declaró probada la excepción de inexistencia del derecho pretendido por la parte demandante y, en consecuencia, no se accedió al restablecimiento del derecho pretendido.

1.5.4 Nulidad de la liquidación de revisión y en consecuencia de la resolución recurso de reconsideración, por falsa motivación

En la adición de ingresos, el Tribunal expuso que la naturaleza de activos fijos o movibles no constituyó el argumento del desconocimiento de la pérdida, por ende, el hecho de que en la resolución que decidió el recurso de reconsideración la DIAN cambiara de opinión en torno a ello, no conduce a que la motivación del acto sea falsa.

⁷ Radicado Nro. 16613, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

En el desconocimiento de la deducción solicitada por concepto de pérdida por siniestro de efectivo y fraude en tarjetas de crédito, reiteró los argumentos expuestos al analizar este cargo de ilegalidad, y concluyó que la DIAN no realizó una interpretación errónea de los supuestos de hecho y de derecho del caso concreto, en consecuencia, descartó la falsa motivación.

Precisó que el hecho de que la Administración haya aceptado la deducción de otras glosas con similares denominaciones, no equivale a decir que por regla general lo debió hacer frente a todas.

Por lo expuesto, no accedió a este cargo de ilegalidad.

1.5.5 Sanción por inexactitud

El Tribunal expuso que no existe prueba de que los hechos declarados por la sociedad en el año gravable discutido sean incompletos o falsos; por el contrario, el debate sobre la procedencia de las deducciones analizadas se debió a la diferencia de criterios en cuanto a la clasificación de éstas en la modalidad de gastos o pérdidas reguladas por el ET.

Esta discrepancia conceptual conduce a la improcedencia de la sanción por inexactitud impuesta en los actos administrativos demandados; por lo tanto, accedió a este cargo de ilegalidad.

1.5.6 Devolución del saldo a favor

El Tribunal decidió que en el evento de que el banco haya efectuado algún pago por los conceptos objeto de anulación, tal valor deberá ser devuelto por la DIAN, debidamente indexado, con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha en la que se haga la devolución) por el índice inicial (vigente a la fecha en la que se hizo el pago).

Además, dispuso que no era viable el reconocimiento de los intereses corrientes regulados en el inciso segundo del artículo 863 del ET, ya que la suma que se ordenará devolver al contribuyente no corresponde a un saldo a favor discutido, sino de lo que hubiere pagado por concepto de sanción por inexactitud, supuesto que no se encuentra regulado por la norma que contempla el reconocimiento de los intereses.

1.6 Recurso de apelación

Las partes interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

1.6.1 Apelación de la parte demandada

La DIAN solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia en lo que concierne a la adición de ingresos por mayor valor de venta de inmuebles recibidos en dación en pago y la sanción por inexactitud; en su lugar, pidió que se confirme en su totalidad la actuación oficial.

1.6.1.1 Adición de ingresos por mayor valor en venta de bienes inmuebles recibidos en dación en pago

En la sentencia apelada se desconoció que la DIAN adicionó los citados ingresos, no porque hubiese ajustado el precio de enajenación sin haber demostrado que el valor fijado estaba por debajo de los límites, sino porque muchos bienes recibidos en dación en pago fueron vendidos por un valor superior al valor fiscal, lo que generó unos ingresos adicionales por un total de \$17.978.791.248.

Lo expuesto se puede corroborar en el Acta General de Investigación Tributaria y Observaciones del 27 de diciembre de 2007, anexa al requerimiento especial.

Entonces, al contarse con pruebas que permiten determinar el valor de venta de los bienes inmuebles recibidos en dación en pago, se deben mantener, sin modificación, los ingresos adicionados a la declaración privada por el impuesto y periodo en discusión.

1.6.1.2 Sanción por inexactitud

En la declaración privada del impuesto sobre la renta por el año gravable 2006, el contribuyente informó datos desfigurados, incluyó valores por concepto de deducciones inexistentes y solicitó pérdidas improcedentes, que derivan en un menor impuesto a pagar o incluso, en un saldo a favor.

En este caso no se configura la diferencia de criterio porque esta figura versa sobre la interpretación del derecho aplicable y no sobre el desconocimiento del mismo.

Por lo tanto, procede la sanción por inexactitud impuesta en los actos demandados.

1.6.2 Apelación de la parte demandante

BANCOLOMBIA S.A. solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia en lo siguiente:

“a) Revocar el numeral Segundo (sic) de la parte resolutive de la sentencia y en su lugar, **Reconocer (sic) a título de restablecimiento del derecho** y como consecuencia de la nulidad declarada por el a-quo sobre la glosa mediante la cual se adicionó el valor de \$17.978.791.000 como ingresos provenientes de la venta de bienes raíces recibidos en dación en pago, **la firmeza de la declaración privada de la sociedad** es decir que no hay lugar a incrementar valor alguno por este concepto, ni a desconocer la deducción solicitada por concepto de las pérdidas ocasionadas por estas enajenaciones.

b) Revocar el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia y en su lugar **reconocer la nulidad de la liquidación de revisión impugnada y de la resolución que resolvió el recurso de reconsideración** contra la primera, en la parte que corresponde al desconocimiento de la pérdida en la liquidación de la sociedad 3001 S.A. por valor de \$19.431.974.980 **de acuerdo con lo establecido en la parte motiva de la sentencia (página 54) cuando declara que prosperará el cargo de nulidad de la glosa en cuestión, y reconocer a título de restablecimiento del derecho** y como consecuencia de la nulidad declarada por el a-quo sobre esta glosa, que procede la deducción de este valor (\$19.431.974.980) en la determinación de la renta líquida gravable por el año 2006, consecuencia de lo cual se predicará la firmeza de la declaración privada de la sociedad, es decir que no hay lugar a desconocer valor alguno del renglón “otras deducciones” informado en la declaración de la sociedad.

c) **Revocar el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia y en su lugar ordenar la devolución inmediata de saldo a favor** de la sociedad que presenta la declaración de renta que por el año 2006 presento (sic) y que se declara en firme como consecuencia de la demanda, devolución del saldo a favor incrementado con los intereses corrientes y moratorios a que haya lugar de conformidad con lo ordenado en los incisos 2º y cuarto del artículo 863 del E.T.”

Por otra parte, pidió que se **adicione** la sentencia de primera instancia en los términos que se exponen a continuación:

“Declarar la nulidad de la liquidación de revisión impugnada y de la resolución mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración contra la primera, en la parte que corresponde al desconocimiento de la pérdida por siniestro de efectivo y canje por valor de \$571.529.426 y por fraude en tarjetas de crédito por la suma de \$16.646.200.812 y ordenar a título de restablecimiento del derecho la firmeza de la declaración privada de la sociedad en cuanto a estos rubros”.

Para el efecto, expuso los argumentos que se resumen a continuación:

1.6.2.1 Adición de ingresos por mayor valor en venta de bienes inmuebles recibidos en dación en pago

En la parte motiva de la sentencia, de manera expresa, concretamente en la página 43, el Tribunal afirmó que prospera el cargo de nulidad relacionado con la adición de ingresos por mayor valor en venta de inmuebles recibidos en dación en pago, aspecto que comparte el banco; sin embargo, se negó a acceder al restablecimiento del derecho derivado de la anterior declaración, decisión que es objeto del recurso de apelación.

En la decisión de primera instancia se desconoció el fin perseguido con la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, pero, además, se mezclan elementos totalmente ajenos a este medio de control, como es la supuesta existencia de una “*pretensión indemnizatoria*”, propia de los procesos administrativos de carácter laboral y totalmente ajena a las reclamaciones de naturaleza tributaria.

Respecto de la acción⁸ ejercida por el banco y el automático restablecimiento del derecho ante de declaratoria de nulidad del acto administrativo enjuiciado, la parte apelante transcribió apartes de varios pronunciamientos de la Corte Constitucional⁹ y del Consejo de Estado¹⁰.

De manera que si el juez dictamina que el acto administrativo acusado está viciado de nulidad por cualquiera de las causales establecidas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, lo procedente es declarar la nulidad la actuación administrativa y, de manera automática, restablecer el derecho, que podrá consistir

⁸ Hoy denominado medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (CPACA).

⁹ Sentencia C-199 de 1997,

¹⁰ Sentencias del 15 de noviembre de 1990, radicado Nro. 2339, del 23 de abril de 2009, radicado Nro. 17478, C. P. Héctor J. Romero Díaz, del 23 de septiembre de 2010, radicado Nro. 17309, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas y del 20 de abril de 2012, radicado Nro. 19330, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

en una indemnización de perjuicios, en la modificación de una obligación fiscal o en la devolución de lo pagado indebidamente.

Comoquiera que el Tribunal se abstuvo de ordenar el restablecimiento del derecho, es evidente la abierta violación de la ley y, por ende, procede la revocatoria solicitada.

Además, precisó que:

- No es facultativo del operador judicial conceder o no el restablecimiento del derecho, pues éste se deriva de manera automática y como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado.
- Arrogarse el derecho de remediar las falencias de las cuales, en criterio del Tribunal, adolece el acto administrativo cuya nulidad se declara, violenta de manera clara y directa varios de los derechos que está llamado a proteger, como el principio de legalidad, el debido proceso y el derecho de contradicción.
- La motivación es uno de los elementos esenciales del acto administrativo y en materia tributaria el legislador reguló el contenido del requerimiento especial y de la liquidación oficial de revisión; por lo tanto, su omisión da lugar a la inexistencia del primer acto o a la nulidad del segundo.
- La tesis que pretende sostener de manera equivocada el Tribunal, según la cual, la pérdida originada en la venta de bienes raíces recibidos en dación en pago no es “descontable” para las entidades financieras, no tiene cabida en este caso, no solo porque legalmente es imposible incluir nuevos motivos al acto administrativo, no contemplados en sede administrativa, sino porque el banco nunca invocó el artículo 148 del ET como sustento legal de la misma.
- Las sentencias citadas por el *a quo*¹¹ no constituyen precedente judicial en este proceso, porque en esa oportunidad se discutió la calidad de activos

¹¹ Radicados Nros. 12066 y 16419, consejeros ponentes Juan Ángel Palacio Hincapié y Martha Teresa Briceño de Valencia, respectivamente.

fijos de los bienes recibidos en dación en pago por las entidades financieras, tema que es ajeno a este caso.

- Esta jurisdicción es de carácter rogado; por lo tanto, el ámbito de decisión del juez se enmarca en lo que las partes en conflicto señalen, de manera que no es acertado negar el restablecimiento del derecho con otra clase de argumentos.
- La excepción de inexistencia del derecho pretendido solo sería justificable si existiera una norma que dispusiera una limitación a las entidades financieras con el fin de impedir que surja el derecho a solicitar la deducción por la pérdida en la enajenación de bienes inmuebles recibidos en dación en pago.
- Los ajustes por inflación *“son deducibles cuando la enajenación del inmueble genera pérdida, por la sola consideración de que los mismos constituyeron ingresos en los periodos gravables en que estos se originaron; y, al haber constituido ingreso gravado, su pérdida da derecho a la deducción”* (fl. 360 c.p.).

1.6.2.2 Desconocimiento de la pérdida por siniestro de efectivo y canje, y por fraude en tarjetas de crédito

El único argumento que el *a quo* expuso para no acceder a esta pretensión fue la sentencia del 31 de mayo de 2012¹², que no define un caso análogo al que se plantea en la demanda; por lo tanto, la sentencia apelada incurre en un grave error de hecho y no da solución al problema jurídico objeto de la *litis*, lo que a su vez conduce a la vulneración del derecho constitucional de acceso a la justicia.

Adicionalmente, se desconoce el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto dispone que en la sentencia se deben analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes (art. 107 ET), los argumentos de las partes y las excepciones, con el objeto de resolver todas las peticiones.

¹² Radicado Nro. 18516, C. P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

La única fuente formal que el Tribunal analizó fue el artículo 148 del ET, que no tiene que ver con este asunto, porque en esta oportunidad el debate jurídico se sustenta en que las erogaciones cumplen los presupuestos señalados en el artículo 107 del mismo ordenamiento, norma que fue invocada por la parte actora y respecto de la cual la DIAN se pronunció en sede administrativa.

Para comprobar el cumplimiento de los requisitos señalados en el citado artículo 107, la demandante precisó que en la contabilidad del banco reposan los registros contables y los soportes de las erogaciones realizadas, nunca de disminuciones del activo, pues las actuaciones fraudulentas o típicas desde el punto de vista penal no son dirigidas contra los activos del banco, sino contra sus clientes, de ahí que, como en cualquier operación no fraudulenta, se tiene que cumplir con el pago de comisiones por el uso de tarjetas, pago por el servicio o uso de la red bancaria y pago a proveedores de bienes adquiridos mediante las tarjetas de crédito, entre otros.

Es innegable que se trata de gastos que tienen una relación directa con la actividad productora de renta de BANCOLOMBIA S.A., tanto es así, que también recibe ingresos por comisiones por la utilización de su red por clientes de otros bancos, sin que importe si la transacción por la que recibe ingresos es fraudulenta o no.

Los productos que ofrece el banco llevan implícitos unos riesgos que han sido calificados por la Superintendencia Financiera como riesgos operativos; por lo tanto, es responsabilidad del banco garantizar su seguridad.

Estos riesgos, entre otras fuentes, se pueden derivar de la utilización fraudulenta o delictiva del producto, que por razones contractuales, de orden legal o por costumbre en el sector financiero, deben ser asumidas por la entidad. Al respecto, transcribió apartes de la Circular Nro. 048 de 2006 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

De manera que tales erogaciones se convierten en gastos en los que debe incurrir el banco para conservar sus clientes y, en consecuencia, su actividad productora de renta.

Ahora bien, el hecho de que muchas de las cuentas 5217 del PUC financiero se denominen con el concepto de pérdidas, no significa que la norma a aplicar para efectos de analizar su procedencia en cuanto a la deducibilidad sea el artículo 148 del ET.

Entonces, comoquiera que los conceptos registrados en las cuentas analizadas por la DIAN corresponden a gastos y no a pérdidas, la norma aplicable, en este caso, es el artículo 107 del ET.

Es innegable la importancia que tienen las tarjetas de crédito para el banco y es sabido que si no se efectúan los pagos o reintegros a que haya lugar con ocasión del fraude, se estarían afectando gravemente los servicios prestados a los clientes, que son la principal fuente de producción de renta.

En este orden de ideas, los gastos asociados a los siniestros en estudio: (i) tienen relación directa con la producción de renta del banco, (ii) son normales y acostumbrados para el sector financiero y (iii) resultan proporcionales en la medida en que se solicita la deducción por la suma de \$17.217.730.238 frente al monto de los ingresos operacionales directos de la entidad, para el año 2006, que ascendieron a la suma de \$4.743.062.729.000, es decir, el gasto representa un 0.00363% frente a los ingresos totales del contribuyente, razón por la cual procede su deducción en los términos previstos en el artículo 107 en cita.

1.6.2.3 Negativa a ordenar el restablecimiento del derecho derivado de la nulidad parcial del acto administrativo, decretada expresamente en la parte motiva de la sentencia, en cuanto a la deducción por la pérdida en la liquidación de la sociedad 3301 S.A.

La sentencia apelada es incongruente porque a pesar de que el *a quo* evidenció un defecto fundamental en los actos administrativos demandados y afirmó que debían anularse, a renglón seguido sostuvo que no procede una “**pretensión indemnizatoria del contribuyente**” por razones diferentes a las expuestas en sede administrativa, es decir, excedió el alcance de las pretensiones y del objeto del juicio, lo que trajo consigo la violación del derecho de defensa.

Reiteró los argumentos expuestos con anterioridad, en relación con el desconocimiento del restablecimiento del derecho e insistió en que por la naturaleza de este proceso, la única pretensión es que se declare la firmeza de la declaración privada cuestionada por la DIAN, es decir, no se pretende una indemnización como lo afirmó el Tribunal.

1.6.2.4 Nulidad de la liquidación oficial de revisión y, en consecuencia, de la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, por falsa motivación

El Tribunal negó la existencia de la falsa motivación, a pesar de que en varios apartes de la sentencia la declaró probada, concretamente, en lo que se refiere al desconocimiento de la pérdida en la liquidación de la sociedad 3001 S.A.

En este caso, el *a quo* apreció los hechos en una dimensión equivocada, circunstancia que conforme con la sentencia del 23 de junio de 2011¹³ configura la falsa motivación y, por ende, conduce a la prosperidad de la pretensión de nulidad de un acto administrativo.

Al respecto, explicó lo siguiente:

- No se diferenció el origen jurídico y económico sustancialmente distinto de cada uno de los asuntos debatidos en este proceso y, en consecuencia, no

¹³ Radicado Nro. 16090, C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

distinguió los necesariamente disímiles mecanismos probatorios y de defensa legal.

Esto se evidencia en la glosa relacionada con el desconocimiento de la pérdida en la venta de bienes inmuebles recibidos en dación en pago, en los que el origen jurídico se encuentra en el artículo 90 del ET y en la consideración de que éstos constituyen activos movibles, a pesar de lo cual, la DIAN insistía en que son activos fijos.

Lo mismo se observa en el asunto relacionado con la pérdida en efectivo y por fraude en tarjetas de crédito, glosa en la que la DIAN invocó como norma violada el artículo 148 del ET, a pesar de que la norma aplicable es el artículo 107 *ibídem*.

También, en el asunto relacionado con la pérdida en la liquidación de la sociedad 3001 S.A., en el que es evidente la falsa motivación, y así lo reconoció el Tribunal.

- Se apoyó en jurisprudencia inaplicable, ya que en las sentencias invocadas se resolvió sustancialmente el mismo tema pero los supuestos de hecho en uno y otro caso son disímiles.

1.6.2.5 Devolución del saldo a favor que presenta la declaración de renta del año gravable 2006

El Tribunal desconoció que el saldo a favor reclamado en devolución tuvo como origen la declaración del impuesto sobre la renta presentada por el contribuyente.

Por lo anterior, solicitó que se ordene la devolución inmediata de dicho saldo a favor, incrementado en los intereses corrientes previstos en el inciso segundo del artículo 863 del ET, calculados desde la fecha de notificación del requerimiento

especial hasta la ejecutoria de la sentencia y, desde allí, hasta la fecha de entrega efectiva del cheque o del título respectivo, los intereses moratorios calculados a la misma tasa que opera para la mora que deben reconocer los contribuyentes, de conformidad con el inciso final de la norma en cita.

1.6.2.6 Sanción por inexactitud

Está de acuerdo con la decisión del Tribunal, porque en este caso se configuró una diferencia de criterios entre las partes, relativa al derecho aplicable.

1.7 Alegatos de conclusión

La parte demandante solicitó que se tengan en cuenta los argumentos expuestos en el recurso de apelación y, adicionalmente, se refirió a los fundamentos del recurso interpuesto por la DIAN, en los siguientes términos:

En cuanto a la **adición de ingresos** por la suma de \$17.978.791.248, precisó que en el proceso está probado que el precio de venta de los bienes raíces recibidos en dación en pago durante el año 2006, ascendió a la suma de \$44.741.158.738, suma de dinero que fue registrada en el renglón correspondiente a los ingresos no operacionales (renglón 46) de la declaración correspondiente.

También está demostrado que en el renglón 54 de la declaración de renta (otros costos), se solicitó el reconocimiento de la cuantía contabilizada en la cuenta 520505, costo de valores inmobiliarios recibidos en dación en pago, cuyo total alcanzó la suma de \$75.550.767.000, de los cuales \$59.213.117.891 correspondían a los bienes inmuebles recibidos en dación en pago, generando una pérdida de \$14.471.959.152.

Tal como se observa en el Acta General de Inspección Tributaria y Observaciones, el valor adicionado corresponde a la pérdida fiscal neta por valor de \$14.471.959.152 más la utilidad fiscal por la suma de \$3.506.832.096.

Esta última cifra fue declarada por el banco en la declaración de renta de 2006, proveniente de la utilidad en la enajenación o venta.

Conforme con lo anterior, el argumento expuesto por la DIAN en el recurso de apelación carece de sustento, si se tiene en cuenta que la utilidad obtenida por la venta de los bienes inmuebles recibidos en dación en pago fue de \$3.506.832.096, en tanto que los \$14.471.959.152 corresponden, efectivamente, a la pérdida establecida como la diferencia entre el valor de venta y el costo fiscal de los mismos.

Concluyó que, en este caso, la Administración no señaló un precio de enajenación acorde con la naturaleza, condiciones y estado de los activos que le permitiera desconocer el valor fijado por las partes.

A la DIAN no le estaba permitido presumir que el valor de la pérdida fiscal la podía convertir en un ingreso presunto al inferir, sin soporte alguno, que el costo fiscal era el valor comercial.

En lo que tiene que ver con la **sanción por inexactitud**, recalcó que el banco, en la declaración de renta del año 2006, no informó datos desfigurados ni incluyó valores inexistentes o solicitó pérdidas improcedentes, tal y como se puede comprobar en el expediente.

La fundamentación de la inexistencia de la sanción por inexactitud es sólida; por lo tanto, se debe confirmar en este aspecto.

La parte demandada insistió en los planteamientos expuestos en el recurso de apelación y destacó que su actuación se ajustó a derecho y respetó el derecho de defensa y contradicción.

1.8 Concepto del Ministerio Público

El Procurador Delegado ante esta Corporación solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se declare la nulidad parcial de los actos administrativos demandados en relación con (i) la adición de ingresos, (ii) el desconocimiento de la pérdida en liquidación de la sociedad 3001 S.A. y (iii) la imposición de la sanción por inexactitud, en los términos que se exponen a continuación:

1.8.1 Adición de ingresos por mayor valor en venta de bienes inmuebles recibidos en dación en pago

La Administración rechazó la deducción de la pérdida en la venta de bienes recibidos en dación en pago por el banco y adicionó ingresos con el argumento de que por tratarse de bienes raíces no se aceptaba un precio inferior al costo, pero no cuestionó el valor real de tales inmuebles.

Es decir, no verificó que el valor asignado por las partes variara notoriamente del valor comercial de los bienes en la fecha de su enajenación. Lo que hizo fue ajustar el precio de enajenación, sin demostrar que el valor comercial fijado estaba por debajo de los límites señalados en el artículo 90 del ET.

En cuanto a la declaración, de oficio, de la excepción de inexistencia del derecho pretendido, con el propósito de negar el restablecimiento del derecho, afirmó que le asiste razón a la parte demandante porque en este asunto no se ha solicitado resarcimiento o restablecimiento de derechos adquiridos; sencillamente se pidió la

declaración de firmeza de la liquidación privada, que es la consecuencia de la declaración de nulidad.

Por lo tanto, procede la revocatoria de la sentencia en cuanto dispuso la elaboración de una nueva liquidación oficial de revisión para incluir el valor deducido por concepto de ingresos percibidos por la venta de inmuebles recibidos en dación en pago.

1.8.2 Desconocimiento de la pérdida por siniestro de efectivo y canje, y por fraude en tarjetas de crédito

Las pérdidas por siniestro de efectivo y canje, y por fraude en tarjetas de crédito, no corresponden a las expensas necesarias contempladas en el artículo 107 del ET; por lo tanto, el análisis realizado por la Administración y por el Tribunal, en los términos previstos en el artículo 148 del citado ordenamiento, es acertado.

Entonces, como la parte apelante (actora) no desvirtuó los fundamentos expuestos por el *a quo*, respecto al incumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 148 *ibídem*, para la procedencia de la deducción en discusión, se debe confirmar la sentencia, en lo pertinente.

1.8.3 Deducción por la pérdida en la liquidación de la sociedad 3001 S.A.

En la sentencia apelada se afirmó que en la resolución del recurso de reconsideración la DIAN se retractó del argumento principal (vinculación económica entre sociedades) y adicionó un nuevo fundamento (no estar autorizada en la ley) para rechazar la deducción solicitada, actuación que vulneró el derecho de defensa del banco.

Sin embargo, el *a quo* declaró probada la excepción de inexistencia del derecho pretendido y no accedió al restablecimiento del derecho, actuación que no se ajusta

a derecho, porque al anularse la glosa, el correspondiente restablecimiento del derecho es la firmeza de la declaración privada, en lo pertinente.

En consecuencia, le asiste razón al banco, motivo por el cual, la sentencia apelada se debe revocar en lo que tiene que ver con este cargo.

1.8.4 Falsa motivación

El banco pretende que le sea reconocida la falsa motivación respecto de dos puntos que ya fueron resueltos, vale decir, por el desconocimiento (i) de la pérdida en la venta de bienes inmuebles y (ii) de la pérdida en efectivo y fraude de tarjetas de crédito, circunstancia que torna improcedente este cargo de ilegalidad.

1.8.5 Sanción por inexactitud

La sanción por inexactitud, en principio, sería aplicable a la única glosa que se mantiene, es decir, al desconocimiento de la pérdida por siniestro de efectivo y canje, y por fraude en tarjetas de crédito; sin embargo, teniendo en cuenta que la declaración en discusión es la correspondiente al año gravable 2006, no es de recibo el reparo de la Administración por cuanto existió una diferencia de criterio entre aplicar el artículo 148 del ET o el artículo 107 del mismo ordenamiento, asunto que fue resuelto mediante la sentencia del 14 de octubre de 2010, radicado Nro. 17031.

Por lo expuesto, se debe levantar la sanción por inexactitud.

1.8.6 Devolución del saldo a favor

No es posible ordenar a la DIAN que devuelva el saldo a favor declarado por el banco en la corrección provocada, en tanto es procedente mantener el

desconocimiento de la pérdida por siniestros de efectivo y canje, y por fraude con tarjetas de crédito.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problema jurídico

En los términos del recurso de apelación, le corresponde a la Sala determinar: (i) si procede la adición de ingresos por mayor valor en la venta de bienes inmuebles recibidos en dación en pago; (ii) si procede la pérdida por siniestro de efectivo y canje, y por fraude en tarjetas de crédito; (iii) si procede la pérdida en la liquidación de la sociedad 3001 S.A.; (iv) si los actos administrativos demandados están viciados de nulidad por falsa motivación; (v) si procede la sanción por inexactitud impuesta en los actos acusados y (vi) si se debe ordenar la devolución del saldo a favor con el reconocimiento de los intereses corrientes regulados en el inciso segundo del artículo 863 del ET.

2. Adición de ingresos por mayor valor en venta de bienes inmuebles recibidos en dación en pago, en cuantía de \$17.978.791.000. Falsa motivación

2.1 Falsa motivación

2.1.1 Revisados los actos administrativos enjuiciados, se observa que la DIAN fundamentó su decisión en lo siguiente: “[e]n consecuencia es improcedente la pérdida solicitada por la sociedad en cuantía de \$17.978.491.248 debido a que este valor es la pérdida real bruta en venta de bienes inmuebles que generaron pérdida y no el valor neto de \$14.471.959.152 (ver acta folios 5 al 14), pero se reitera que como la disposición transcrita hace relación a que si se trata de bienes raíces, no se aceptará un precio inferior al costo, al avalúo catastral ni al autoavalúo, se propone adicionar los ingresos en cuantía de \$17.978.791.248 para llevar el precio de venta al límite del costo conforme lo exige el citado Inciso (sic) 4º del artículo 90 del

Estatuto Tributario (...) y más adelante agregó que “Es importante señalar que los bienes inmuebles recibidos en dación en pago constituyen activos fijos¹⁴ para la sociedad investigada [...]”¹⁵ (Se subraya).

2.1.2 Con ocasión del recurso de reconsideración, la Administración precisó que “los bienes recibidos en dación en pago no tienen el carácter de activos fijos”¹⁶ y que “la renta bruta o la pérdida proveniente de la enajenación de activos es independiente de su naturaleza de fijos o movibles, razón por la que la aplicación del artículo 90 del estatuto Tributario no significa que se desconozca la distinción prevista en el artículo 90 de la misma normativa al respecto. Por el contrario, la norma prevé una regulación específica en materia de bienes raíces, al no aceptar un costo inferior al costo fiscal, regulación que no desconoce la definición de inmuebles prevista en el artículo 656 del Código civil [...]”¹⁷ (Se subraya).

2.1.3 Como se puede observar, durante el trámite en sede administrativa, la Administración siempre fundamentó la adición de ingresos en el inciso cuarto del artículo 90 del ET, es decir, este argumento constituye el centro de discusión entre las partes, independientemente de otras consideraciones que se hayan expuesto en el curso del proceso administrativo, porque lo cierto es que la **pérdida en la enajenación de activos**, que se presenta cuando se vende un bien que hace parte del activo¹⁸ del contribuyente, por un valor inferior a su costo fiscal, se aplica tanto para activos fijos como para activos movibles, en los precisos términos señalados por el legislador en el citado artículo 90, lo que descarta la falsa motivación alegada por el banco.

¹⁴ Según el Concepto de la DIAN Nro. 066029 del 11 de julio de 2000.

¹⁵ Cfr. la página 5 de la liquidación oficial de revisión.

¹⁶ Conforme con el Concepto de la DIAN Nro. 017627 del 28 de febrero de 2006. Cfr. la página 24 de la resolución recurso de reconsideración.

¹⁷ Cfr. la página 26 de la resolución recurso de reconsideración.

¹⁸ Conforme con el artículo 35 del Decreto 2649 de 1993, “[u]n activo es la representación financiera de un recurso obtenido por el ente económico como resultado de eventos pasados, de cuya utilización se espera que fluyan a la empresa beneficios económicos futuros”. V. gr. inversiones, cuentas y documentos por cobrar, inventarios, propiedad planta y equipo, activos agotables, activos intangibles y activos diferidos. Cfr. los artículos 61 a 67 del citado decreto.

2.2 Procedencia de la adición de ingresos por mayor valor en venta de bienes inmuebles recibidos en dación en pago

2.2.1 El artículo 90 del ET se refiere a la determinación de la renta bruta en la enajenación de activos.

Conforme con esta norma, la renta bruta o la **pérdida proveniente de la enajenación de activos a cualquier título**, está constituida por la diferencia entre el precio de la enajenación y el costo del activo o activos enajenados.

2.2.2 El **precio de la enajenación es el valor comercial** realizado en dinero o en especie, esto es, el señalado por las partes, siempre que no difiera notoriamente del precio comercial promedio para bienes de la misma especie, en la fecha de su enajenación.

2.2.3 Tratándose de **bienes raíces**, no se aceptará un precio inferior (i) al costo, (ii) al avalúo catastral ni (iii) al autoavalúo mencionado en el artículo 72 *ibídem*¹⁹, es decir, que el avalúo declarado, formado o actualizado, podrá ser tomado como costo fiscal para la determinación de la renta o ganancia ocasional que se produzca en la enajenación de inmuebles que constituyan activos fijos para el contribuyente.

2.2.4 Para tal fin, el autoavalúo o avalúo aceptable como costo fiscal, será el que figure en la declaración del impuesto predial unificado y/o declaración de renta²⁰, según el caso, correspondiente al año anterior al de la enajenación.

¹⁹ Artículo 72. El avalúo declarado para los fines del Impuesto Predial Unificado, en desarrollo de lo dispuesto por los artículos 13 y 14 de la ley 44 de 1990 y 155 del Decreto 1421 de 1993, y los avalúos formados o actualizados por las autoridades catastrales, en los términos del artículo 5 de la Ley 14 de 1983, podrán ser tomados como costo fiscal para la determinación de la renta o ganancia ocasional que se produzca en la enajenación de inmuebles que constituyan activos fijos para el contribuyente. Para estos fines, el autoavalúo o avalúo aceptable como costo fiscal, será el que figure en la declaración del Impuesto Predial Unificado y/o declaración de renta, según el caso, correspondiente al año anterior al de la enajenación. Para este propósito no se tendrán en cuenta las correcciones o adiciones a las declaraciones tributarias ni los avalúos no formados a los cuales se refiere el artículo 7o. de la Ley 14 de 1983.

²⁰ Conforme con la sentencia del 18 de marzo de 2004, radiado Nro. 13551, C. P. Dra. Ligia López Díaz, mediante la cual se declaró la nulidad de la expresión del numeral 2 del artículo 7 del Decreto

2.2.5 Conforme con lo anterior se infiere que el legislador, para fines tributarios, señaló unos criterios que se deben tener en consideración a efectos de fijar el valor comercial de los bienes raíces.

2.2.6 Pero, adicionalmente, previó que cuando **el valor asignado por las partes difiera notoriamente del valor comercial de los bienes en la fecha de su enajenación**, es decir, cuando el valor acordado por las partes intervinientes en la enajenación se aparte en más de un veinticinco por ciento (25%) de los precios establecidos en el comercio para los bienes de la misma especie y calidad, en la fecha de enajenación, teniendo en cuenta la naturaleza, condiciones y estado de los activos, **el funcionario que esté adelantando el proceso de fiscalización respectivo, podrá rechazarlo para los efectos impositivos y señalar un precio de enajenación acorde con la naturaleza, condiciones y estado de los activos**, atendiendo a los datos estadísticos producidos por la Dirección General de Impuestos Nacionales, por el Departamento Nacional de Estadística, por la Superintendencia de Industria y Comercio, por el Banco de la República u otras entidades afines.

2.2.7 Lo anterior ha sido interpretado como una excepción a las reglas de determinación del precio mínimo de venta de los bienes raíces señaladas en el inciso cuarto del citado artículo 90 del ET.

2.2.8 En este sentido, se advierte que la Corte Constitucional en la sentencia C-245 de 2006²¹, expuso lo siguiente:

326 del 22 de febrero de 1995, cuyo texto es el siguiente: “2. Si se trata de autoavalúo, el valor que se utilice como costo fiscal debe ser el mismo denunciado en la declaración del impuesto predial unificado y en la declaración del impuesto de renta y complementarios correspondientes al año gravable anterior al de la enajenación.” (Subrayado original).

²¹ M. P. Alfredo Beltrán Sierra, por la cual se declaró exequible por los cargos estudiados la expresión “si se trata de bienes raíces, no se aceptará un precio inferior al costo, al avalúo catastral ni al autoavalúo mencionado en el artículo 72 de este Estatuto” contenida en el inciso cuarto del artículo 90 del ET, modificado por el artículo 57 de la ley 863 de 2003.

*“Aunque la norma anterior a la ley 863 de 2003, ley 633 de 2000²², artículo 127, consagraba una **excepción** a la regla de determinación del precio mínimo de venta de los bienes raíces **en el evento en que el contribuyente demostrara mediante pruebas concretas, que el valor comercial de su predio era menor al costo, avalúo catastral o autoavalúo**, la modificación introducida al artículo 90, **también prevé esta posibilidad**, al señalar que cuando el valor asignado por las partes difiera notoriamente del valor comercial de los bienes en la fecha de su enajenación, **el precio del mismo será fijado de conformidad con la naturaleza, condiciones y estado de los activos**. Asimismo, señala que para efectos de establecer el precio de venta, **el valor asignado por las partes no puede distanciarse en más de un 25% del valor comercial del bien**. Es decir, se trata de un asunto de política legislativa para alcanzar los fines propuestos constitucionalmente en materia de tributación, sin que la primera de las opciones mencionadas sea la única posible conforme a la Carta Política” (Se subraya).*

2.2.9 Conforme con lo anterior, se concluye que la regla general de determinación del precio mínimo de venta de los bienes raíces es la señalada en el inciso cuarto del artículo 90 del ET, vale decir, “[s]i se trata de bienes raíces, no se aceptará un precio inferior al costo, al avalúo catastral ni al autoavalúo mencionado en el artículo 72 de este Estatuto”, pero cuando el valor asignado por las partes se aparte en más de un 25% de los precios establecidos en el comercio para los bienes de la misma especie y calidad, en la fecha de enajenación, la DIAN podrá rechazar el precio fijado por las partes y señalar uno acorde con la naturaleza, condiciones y estado de los activos.

2.2.10 En el presente caso, la DIAN argumentó que el contribuyente vendió los bienes raíces recibidos en dación en pago, por debajo del costo fiscal; en consecuencia, al solicitar su pérdida, desconoció lo previsto en el inciso cuarto del artículo 90 del ET.

²² En vigencia de la Ley 633 de 2000, el inciso cuarto de la norma en cita, señalaba: “Se tiene por valor comercial el señalado por las partes, siempre que no difiera notoriamente del precio comercial promedio para bienes de la misma especie, en la fecha de su enajenación. Si se trata de bienes raíces, no se aceptará un precio inferior al costo, al avalúo catastral ni al autoavalúo mencionado en el artículo 72 de este Estatuto, **salvo que se demuestre la procedencia de un menor valor con base en un avalúo técnico realizado por un perito autorizado por la Lonja de Propiedad Raíz o del Instituto Agustín Codazzi**. El avalúo así efectuado sólo podrá ser cuestionado fiscalmente por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales mediante peritaje técnico autorizado por la Lonja de Propiedad Raíz” (Se subraya y destaca).

2.2.11 Revisadas las pruebas aportadas al expediente, se evidencia que BANCOLOMBIA S.A. registró en su contabilidad lo siguiente:

- En la cuenta 420505 -precio de venta inmuebles recibidos en pago- la suma de \$44.741.158.738,56²³ y en la cuenta 520505 -costo de valores mobiliarios recibidos en pago- la suma de \$75.550.767.009,40²⁴.

- En los antecedentes administrativos, el contribuyente aportó información sobre los “**BIENES RENDIDOS Y RETIRADOS**” durante el año 2006.

Este informe se presentó de manera discriminada, mes por mes, respecto de cada inmueble, reflejando el valor de recibo, el valor en libros, los ajustes por inflación, el valor fiscal del retiro, el valor de venta, la utilidad o pérdida contable, la utilidad (420505) y la pérdida (5205).

El total de cada uno de estos conceptos, es el siguiente²⁵:

Valor de recibo	Valor en libros	Ajustes por inflación	Valor fiscal del retiro	Valor venta	Utilidad o pérdida contable	Utilidad 420505	Pérdida 5205
45.958.958.606	49.498.866.273	12.916.671.621	-59.213.117.891	44.741.158.739	4.778.661.986	-4.491.323.787	9.269.985.773

Estas cifras se vieron reflejadas en la declaración privada, en los siguientes renglones, tal como lo pudo constatar la Administración:

Renglón 46 Ingresos brutos no operacionales (cuenta 420505)
\$44.741.158.739

Renglón 54 Otros costos (cuenta 520505)
\$75.550.767.009²⁶

²³ Cfr. el fl. 1221 c.a.

²⁴ Cfr. el fl. 1258 c.a.

²⁵ Cfr. el fl. 1445 c.a.

- En la hoja de trabajo denominada “ANÁLISIS DE LA PÉRDIDA EN VENTA DE BIENES RAÍCES”, en relación con cada inmueble se discriminaron, mes por mes, durante el año 2006, los ajustes por inflación, el valor fiscal del retiro, el valor de venta, la utilidad fiscal y la pérdida fiscal (con AXI), cuyo total es el siguiente²⁷:

Ajustes por inflación	Valor fiscal del retiro	Valor de venta	Utilidad fiscal	Pérdida fiscal con AXI
12.916.671.621	-59.213.117.891	44.741.158.739	3.506.832.096	-17.978.791.248
	-14.471.959.152,16			

2.2.12 Con fundamento en lo anterior, tanto en el requerimiento especial como en la liquidación oficial de revisión, la DIAN aseguró que “se presenta una pérdida por valor de \$14.471.959.152, igual a la pérdida fiscal neta que demuestra el folio 1278²⁸ del expediente al restar del total de la columna “Pérdida Fiscal con Axi” por valor de \$17.978.791.248, el valor de \$3.506.832.096 correspondiente al total de la columna “Utilidad Fiscal”, pero es necesario tener presente de conformidad con el inciso 4º del artículo 90 del Estatuto Tributario la condición allí exigida la cual establece que: “[s]i se trata de bienes raíces, no se aceptará un precio inferior al costo, al avalúo catastral ni al autoavalúo mencionado en el artículo 72 de ese Estatuto”²⁹.

2.2.13 Entonces, como los valores registrados en la declaración arrojaban una pérdida, que según la DIAN no es procedente, en los actos administrativos demandados se rechazó tal pérdida y se adicionaron los ingresos para llevar el precio de venta al límite del costo de que trata el artículo 90 del ET, actuación que no es legal, como se pasa a explicar:

2.2.14 Para la Sala, es claro que el razonamiento de la DIAN no consultó en su integridad el artículo 90 del ET, porque está desconociendo que el valor comercial

²⁶ De los cuales, según lo expuso la DIAN en el requerimiento especial, \$59.213.117.891 corresponden al costo fiscal de los bienes inmuebles recibidos en dación en pago. Cfr. el fl. 1752 c.a.

²⁷ Cfr. los fls. 1447 a 1457 c.a.

²⁸ Cfr. el fl. 1457 c.a.

²⁹ Cfr. los fls. 1752 y 1847 c.a., que en su orden, corresponden a las páginas 3 y 5 del requerimiento especial y de la liquidación oficial de revisión.

de los bienes, es el pactado por las partes, obviamente, dentro de los límites señalados en el inciso cuarto de la norma en cita, dentro de los cuales se encuentra que dicho valor no difiera notoriamente del precio comercial de los bienes a la fecha de su enajenación, es decir, que se aparte en más de un veinticinco por ciento (25%) de los precios establecidos en el comercio para los bienes de la misma especie y calidad, en la fecha de enajenación, teniendo en cuenta la naturaleza, condiciones y estado de los activos.

2.2.15 La Administración no realizó un análisis minucioso respecto de cada bien inmueble, que permitiera evidenciar esa notoria diferencia entre el precio pactado por las partes y el comercial, para la fecha de enajenación; por lo tanto, la adición de ingresos no tiene respaldo probatorio alguno.

2.2.16 En este caso, en los precisos términos de la citada norma, le correspondía al funcionario que adelantó la fiscalización, rechazar, para efectos impositivos el precio de enajenación fijado por las partes y *“señalar un precio de enajenación acorde con la naturaleza, condiciones y estado de los activos; atendiendo a los datos estadísticos producidos por la Dirección General de Impuestos Nacionales, por el Departamento Nacional de Estadística, por la Superintendencia de Industria y Comercio, por el Banco de la República u otras entidades afines”*, actuación que se echa de menos.

2.2.17 De manera que el ajuste de precios realizado por la DIAN, sin demostrar que el valor comercial fijado por las partes contrariaba los límites señalados en el artículo 90 del ET, no puede ser aceptado por la Sala.

2.2.18 En este orden de ideas, le asiste razón al Tribunal al afirmar que la adición de ingresos realizado por la DIAN en los actos administrativos demandados, no era procedente.

2.2.19 En el recurso de apelación, la DIAN expuso que el Tribunal no tuvo en cuenta que la adición de ingresos se debió a que existen muchos bienes recibidos en

dación en pago, que fueron vendidos por una suma superior al valor fiscal, lo que generó unos ingresos adicionales por la suma total de \$17.978.791.248 y que fue con base en la información contable que se determinó el valor de venta de los bienes inmuebles recibidos en dación en pago.

Sobre este particular, aclara la Sala que revisadas las pruebas aportadas al expediente se probó que en la venta de algunos bienes recibidos en dación en pago por parte de BANCOLOMBIA S.A., se produjo una pérdida de \$14.471.959.152, en tanto que, respecto de otros, se generó una utilidad por la suma de \$3.506.832.096³⁰, sumas que fueron tenidas en cuenta por la DIAN para finalmente adicionar ingresos a cargo del banco por la suma total de \$17.978.791.248.

Tanto la pérdida como la utilidad, según lo afirmó la parte demandante, fueron declaradas en el denuncia rentístico del año 2006.

Al respecto, la Administración expuso en sede administrativa que *“comprobó que la sociedad registró ingresos por la venta de estos bienes por la suma de \$44.741.158.738 y consignó en el renglón correspondiente a “Otros costos” de su declaración de renta, la suma de \$59.213.117.891 generando una pérdida neta de \$14.471.959.152”*³¹.

En lo que tiene que ver con la suma de \$59.213.117.891, la DIAN comprobó que *“corresponde al costo de venta o valor fiscal de los referidos bienes y que la pérdida arriba señalada es igual a la fiscal neta, esto es, el resultado de restar del total de la columna “pérdida fiscal con ajustes por inflación” que registra un valor de \$17.978.791.248, la columna “Utilidad fiscal” suma de \$3.506.832.096, con base en lo cual se concluyó que era improcedente la pérdida solicitada por \$17.978.791.248”*³², con fundamento en el numeral 4 del artículo 90 del ET.

³⁰ Cfr. la hoja de trabajo visible en los folios 1447 a 1457 del c. a.

³¹ Cfr. la página 21 de la resolución que decidió en reconsideración (Fl. 128 c. p.).

³² Ib.

Es decir, la Administración no desconoce que el contribuyente haya realizado los correspondientes registros tanto de la pérdida como de la utilidad obtenida en la enajenación de los bienes recibidos en dación en pago; por lo tanto, se concluye que el rechazo debió ascender a la suma de \$14.471.959.152, que corresponde a la pérdida registrada por el banco.

No obstante lo anterior, como la DIAN procedió a rechazar la suma de \$17.978.791.248, que incluye los \$3.506.832.096 registrados por el contribuyente como utilidad, se concluye que la suma en discusión asciende a los \$17.978.791.248.

2.2.20 Por lo anterior y teniendo en cuenta que la DIAN no demostró que el banco estuviera en alguno de los supuestos previstos en el artículo 90 del ET, para desconocer el precio de enajenación de los bienes recibidos en dación en pago, el rechazo de la pérdida implícita en tal operación no tiene fundamento jurídico válido, razón por la cual no procede la adición de ingresos imputada en los actos administrativos demandados, lo que conduce a afirmar que la actuación de la Administración resulta ilegal.

2.3 El restablecimiento del derecho

2.3.1 Teniendo en cuenta que se determinó la ilegalidad de los actos administrativos demandados en lo que tiene que ver con la adición de ingresos por mayor valor en venta de bienes inmuebles recibidos en dación en pago, le corresponde a la Sala analizar la actuación del Tribunal en cuanto se abstuvo de declarar el consecuente restablecimiento del derecho y, en su lugar, declarar probada de oficio la excepción de inexistencia del derecho pretendido.

2.3.2 Aunque se comparte lo expuesto por el *a quo* en el sentido de que, conforme con el inciso segundo del artículo 164 del Código Contenciosos Administrativo, en la sentencia definitiva, el juez decidirá sobre cualquier excepción

que encuentre probada, es preciso aclarar que esta facultad se debe ejercer teniendo en cuenta la acción impetrada (medio de control) y el asunto en discusión o derecho controvertido.

2.3.3 En este caso, el Tribunal, haciendo uso la facultad señalada, declaró probada de oficio la excepción de **inexistencia del derecho pretendido** por el banco, porque consideró que *“la deducción pretendida por la sociedad demandante, por los ingresos percibidos por la venta de inmuebles recibidos en dación en pago, **no era procedente** – pero por razones diferentes a las expuestas por la DIAN en las resoluciones impugnadas.”*³³.

2.3.4 Para esto se fundamentó en la sentencia del 28 de mayo de 2009³⁴, de la que tomó en consideración los apartes que analizan la procedencia de la pérdida a la luz de los artículos 146 y 148 del ET, normas que no resultan aplicables al caso concreto, porque tienen que ver con deducciones por deudas manifiestamente perdidas o sin valor o por pérdidas de activos.

Adicionalmente, se advierte que el Tribunal obvió que en esa oportunidad se precisó que *“[...] comparte la conclusión de la DIAN porque en efecto, la pérdida solicitada por el Banco –Deducción por pérdida en la venta de los bienes que recibió el banco en dación en pago- es la correspondiente a la causada en la enajenación de activos, que si bien es reconocida fiscalmente, señala algunas limitaciones, entre ellas, que cuando son bienes raíces no se aceptará un precio inferior al costo, al avalúo catastral o al autoavalúo”*³⁵, es decir, reconoció la procedencia de esta categoría³⁶.

³³ Cfr. la página 45 de la sentencia de primera instancia.

³⁴ Radicado Nro. 16419, C. P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

³⁵ Radicado Nro. 16419, C. P. Martha Teresa Briceño de Valencia

³⁶ Tratándose de pérdidas fiscales, la jurisprudencia ha distinguido las siguientes categorías: (i) pérdidas operacionales (art. 147 ET), (ii) pérdidas de capital (art. 148 ET) y (iii) pérdidas en la enajenación de activos (art. 90 ET). Entre otras, ver las sentencias del Consejo de Estado, del 20 de enero de 1984, radicado Nro. 8930, C.P. Enrique Low Murtra; del 8 de noviembre de 1991, radicado Nro. 045, C.P. Consuelo Sarriá Olcos; del 11 de marzo de 2004, radicado Nro. 13542, C.P. Germán Ayala Mantilla; del 6 de junio de 2005, radicado Nro. 14633, C.P. Ligia López Díaz; del 8 de octubre de 2009, radicado Nro. 16613, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, del 14 de octubre de 2010, radicado Nro. 17031, C.P. William Giraldo Giraldo; del 19 de julio de 2012, radicado Nro. 17962, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; del 20 de junio de 2013, radiado Nro. 18286, C.P. Carmen Teresa

Nótese que en dicho pronunciamiento se aceptó que la pérdida en la venta de activos, en este caso, de bienes inmuebles recibidos en dación en pago, contrario a lo sostenido por el Tribunal, está reconocida fiscalmente, claro está, siempre que se cumplan los requisitos señalados en el artículo 90 del ET.

2.3.5 Por otra parte, la sentencia del 11 de marzo de 2010³⁷, tampoco resulta aplicable al caso concreto, habida consideración de que no se refiere al artículo 90 del ET, que es la norma aplicable al *sub júdice*.

En dicha sentencia se expuso que “[l]a pérdida que se origina por la venta de los bienes recibidos en dación en pago, no puede ser objeto de deducción fiscal, porque no se trata de activos fijos o bienes usados en el negocio con carácter de permanencia, sino que son vendidos por la entidad, desvirtuándose la naturaleza de activo fijo³⁸ y el presupuesto de causalidad, pues estos bienes no generan ingreso para el banco sino que cancelan obligaciones que tienen deudores hipotecarios a su favor, razón por la cual no procede la alegada deducción”.

2.3.6 Lo expuesto resulta suficiente para reconocer el restablecimiento del derecho que se deriva de la nulidad, en lo que a esta glosa respecta; por lo tanto, en este punto, se revocará la sentencia de primera instancia.

3. Desconocimiento de la pérdida por siniestro de efectivo y canje por la suma de \$571.529.426 y por fraude en tarjetas de crédito por la suma de \$16.646.200.812. Falsa motivación

Ortiz de Rodríguez y del 6 de agosto de 2014, radicado Nro. 19288, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

³⁷ Radicado Nro. 16599, C.P. William Giraldo Giraldo.

³⁸ Tampoco se trata de activos movibles conforme al criterio de la Sala expuesto en sentencia del 11 de marzo de 2010, exp. 16195 C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, en la que se precisó que los bienes recibidos en dación en pago son activos no monetarios.

3.1 En este caso, tal como se dejó constancia en el Acta General de Investigación Tributaria y Observaciones, las **pérdidas por siniestros** se originaron por conceptos tales como: abono de retiro donde el cajero debitó y no entregó; reintegro de comisiones por transacciones fraudulentas realizadas en cajeros de otras redes (en su gran mayoría); abono por retiros, comisiones y GMF generados por fraudes ATM; devolución realizada al banco del exterior por una compra cargada doblemente al cliente poseedor de la tarjeta; reversión de avance por transacciones realizadas por paseo millonario; fraude asumido por la sucursal 074, por transacción extemporánea, es decir, por fuera de los tiempos para tramitarla, se realiza reintegro a la cuenta corriente porque al cliente se le “*presentaron*” intereses de un día por un crédito otorgado por el banco Bogotá, que debía ser cancelado el día lunes contra un desembolso realizado por el banco; transacciones desconocidas por el cliente; giro de cheque que el cliente desconoce haber hecho; afectar PYG por reintegro de billete falso, entre otros³⁹.

Además, se presentaron **pérdidas por siniestro fraude tarjetas de crédito**.

3.2 Las “**pérdidas**” deducibles no constituyen “**gastos**”⁴⁰ que impliquen una erogación efectiva de recursos, necesaria para la producción de la renta, sino un factor que de manera indirecta incide en la rentabilidad líquida que constituye la base para la determinación del impuesto, que solo procede en los casos expresamente autorizados por el legislador⁴¹.

De manera que no es válido entender que en virtud de lo previsto en el artículo 107 del ET, que autoriza de manera general la deducibilidad de las expensas realizadas

³⁹ Cfr. los fls. 1782 a 1822 c.a.

⁴⁰ Conforme con el artículo 40 del Decreto 2649 de 1993, los gastos “*representan flujos de salida de recursos, en forma de disminuciones del activo o incrementos del pasivo o una combinación de ambos, que generan disminuciones del patrimonio, incurridos en las actividades de administración, comercialización, investigación y financiación, realizadas durante un período, que no provienen de los retiros de capital o de utilidades o excedentes*”.

⁴¹ En este sentido, consultar la sentencia del 14 de octubre de 2010, radicado Nro. 17031, C.P. William Giraldo Giraldo, en la que se cita la sentencia de octubre de 2005, radicado Nro. 13937, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

en la actividad productora de renta, son deducibles las “pérdidas” que sufre el banco por siniestros como pérdida de efectivo y canje, y fraudes con tarjetas de crédito.

3.3 Conforme con lo anterior, a diferencia de lo expuesto por la parte demandante, la Sala considera que la norma aplicable en el *sub júdice*, tratándose de pérdidas en el sector financiero, por siniestro de efectivo y canje, y por fraude en tarjetas de crédito, independientemente de que ocurran en redes propias o ajenas, es el artículo 148 del ET, y no el artículo 107 del mismo ordenamiento.

3.4 En este orden de ideas, le asiste razón a la DIAN en cuanto señaló como norma infringida el artículo 148 en cita, tal como se evidencia en la liquidación oficial de revisión, acto administrativo en el que se afirmó que al banco “se le han reconocido deducciones por concepto de seguros de Depósito y Otros registrados en las cuentas 515550 y 515595 por un valor total de \$68.416.908.706”⁴², para descartar la imprevisibilidad e irresistibilidad como presupuestos para que ocurra la fuerza mayor prevista en la norma fiscal como uno de los requisitos necesarios para que proceda la deducción por pérdida de activos.

3.5 El artículo 148 del ET señala que son deducibles las pérdidas (i) sufridas durante el año o período gravable, (ii) concernientes a los bienes usados en el negocio o actividad productora de renta y (iii) ocurridas por fuerza mayor.

3.6 A su vez, el artículo 1 de la Ley 95 de 1890 que subrogó el artículo 64 del Código Civil, define la fuerza mayor o caso fortuito, como aquel “*imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público*”.

3.7 Sobre el concepto de fuerza mayor o caso fortuito esta Corporación ha dicho:

⁴² Cfr. las páginas 9 y 10 de la liquidación oficial de revisión.

“(...) la fuerza mayor o caso fortuito es la circunstancia o evento que no se pudo ver o conocer con anticipación como algo posible, o de cuya ocurrencia no se tienen señales previas o indicios; esto es, que dentro de lo normal y lo cotidiano no es factible intuir o esperar que suceda; y que de llegar a ocurrir no es posible hacer oposición que neutralice o anule sus efectos. De modo que ella no solo radica en la irresistibilidad de la acción o violencia que entraña sino también en no poder ser prevista, no se pueda inferir de señal o indicio alguno, y esto dependerá de las circunstancias en que se hallen los sujetos o las personas eventualmente afectadas por ella”⁴³.

3.8 Y en reciente jurisprudencia, esta Sala ha señalado que para que un hecho pueda considerarse como fuerza mayor o caso fortuito, deben concurrir dos elementos esenciales: la imprevisibilidad y la irresistibilidad:

“La imprevisibilidad se presenta cuando el suceso escapa a las previsiones normales, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible preverlo, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 27 de 1974: “La misma expresión caso fortuito idiomáticamente expresa un acontecimiento extraño, súbito e inesperado.... Es una cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto, la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad”.

Y la irresistibilidad, como lo dice la misma sentencia, “el hecho [...] debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor, empleada como sinónimo de aquella en la definición legal, relieves esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto de que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias”.

[...]

Para ese efecto, el juez debe valorar una serie de elementos de juicio, que lo lleven al convencimiento de que el hecho tiene en realidad esas connotaciones, pues un determinado acontecimiento no puede calificarse por sí mismo como fuerza mayor, sino que es indispensable medir todas las circunstancias que lo rodearon. Lo cual debe ser probado por quien alega la fuerza mayor, es decir, que el hecho fue intempestivo, súbito, emergente, esto es, imprevisible, y que fue

⁴³ Sentencia del 24 de enero de 2008, expediente Nro. 2007-00127, C. P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

insuperable, que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara, esto es, irresistible...⁴⁴.

3.9 También se ha especificado que en el sector financiero “*son frecuentes los hechos de fraude que afectan los fondos de las instituciones financieras*”⁴⁵; por lo tanto, los siniestros en efectivo y canje, y en tarjetas de crédito, son perfectamente conocidos por las entidades de esta naturaleza, aunque no se tenga certeza del momento en el que sucederán, razón por la cual es usual que las entidades financieras tomen provisiones para contrarrestar la ocurrencia de estos riesgos o para proteger el patrimonio de la entidad a fin de que sean asumidos por un asegurador.

3.10 No obstante, debe aclarar la Sala que la sola existencia de una póliza de seguro no necesariamente trae consigo la imposibilidad de que el contribuyente pueda comprobar que determinadas pérdidas fueron imprevisibles e irresistibles, es decir, que al contribuyente le corresponde la carga de la prueba de demostrar, en cada caso concreto, la ocurrencia de la fuerza mayor para que proceda la deducción prevista en el artículo 148 del ET.

De manera que tratándose del deducible de la póliza que debe asumir el asegurado, el contribuyente igualmente debe demostrar el cumplimiento de la totalidad de los requisitos previstos en el citado artículo 148. Es decir, que debe comprobar que el riesgo respecto del cual se está aplicando el deducible fue imprevisible e irresistible.

3.11 Analizados los medios de prueba aportados en el expediente, es claro que el banco sufrió una serie de siniestros que le produjeron la pérdida de dinero; sin embargo, no se comprueba que estos hechos hayan ocurrido por fuerza mayor.

⁴⁴ Sentencia del 3 de junio de 2010, radicado Nro. 16564, C. P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, reiterada en las sentencias del 31 de mayo de 2012, radicado Nro. 18516, C. P. Martha Teresa Briceño de Valencia y del 12 de diciembre de 2014, radicado Nro. 19261, C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

⁴⁵ Sentencia del 24 de julio de 2008, radicado Nro. 16123, C. P. María Inés Ortiz Barbosa, reiterada en las sentencias del 31 de mayo de 2012, radicado Nro. 18516, C. P. Martha Teresa Briceño de Valencia y del 12 de diciembre de 2014, radicado Nro. 19261, C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

3.12 Por otra parte, la Sala no comparte el argumento expuesto por el banco en el recurso de apelación, según el cual, la sentencia citada en el fallo de primera instancia⁴⁶ (i) constituye el único argumento que sustenta la decisión del Tribunal y (ii) no define un caso análogo al presente, porque del texto del fallo recurrido se desprende que el rechazo de este cargo se fundamentó en el incumplimiento de uno de los requisitos señalados en el artículo 148 del ET, vale decir, en la ausencia de comprobación de que la pérdida en discusión haya ocurrido por fuerza mayor, cuestión que fue objeto de análisis en la sentencia señalada en su oportunidad por el *a quo*.

3.13 En efecto, verificado el contenido de la sentencia citada por el Tribunal, se observa que en esa oportunidad la Sala analizó la *“pérdida de bienes, en este caso dinero, como consecuencia de situaciones anormales como asaltos y defraudaciones”* a una entidad financiera, y decidió que al contribuyente es a quien le asiste la *“carga procesal de demostrar los elementos de “irresistibilidad” e “imprevisibilidad” que enmarcan la fuerza mayor o el caso fortuito para aceptar la deducción por pérdida de bienes que consagra el artículo 148 del Estatuto Tributario”*, asunto que no es ajeno a esta controversia.

3.14 Conforme con lo expuesto, tampoco se encuentra probado que los actos administrativos demandados estén viciados de nulidad por **falsa motivación**, porque como lo ha dicho esta Sala, para que prospere la pretensión de nulidad con fundamento en esta causal, es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían

⁴⁶ Sentencia del 31 de mayo de 2012, radicado Nro. 18516, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, según se informa en el recurso de apelación interpuesto por el banco (Fl. 361 c.p.).

conducido a una decisión sustancialmente diferente⁴⁷, supuestos que no se evidencian en el caso concreto, conforme con el estudio realizado con anterioridad, razón más que suficiente para descartar la procedencia de esta causal de nulidad.

3.15 En conclusión, la parte apelante no cumplió con la carga procesal de probar la imprevisibilidad e irresistibilidad, motivo por el cual le asiste razón al Tribunal al no aceptar la deducción por pérdida de activos con fundamento en el artículo 148 del ET y rechazar la falsa motivación alegada por la parte actora.

4. Negativa a ordenar el restablecimiento del derecho derivado de la nulidad parcial del acto administrativo, decretada expresamente en la parte motiva de la sentencia apelada, referida a la deducción por la pérdida en la liquidación de la sociedad 3001 S.A., por la suma de \$19.431.974.980

4.1 Teniendo en cuenta que el recurso de apelación se dirige contra la negativa del Tribunal a otorgar el restablecimiento del derecho, como consecuencia de la violación del derecho de defensa del contribuyente, es necesario precisar que es cierto, como lo afirmó el *a quo* en su oportunidad, que el Consejo de Estado ha dicho que la pérdida originada en la liquidación de sociedades no es deducible porque no encuadra en ninguna de las pérdidas señaladas por el Estatuto Tributario como deducible.

En efecto, la deducción reclamada por el banco no es viable fiscalmente porque no está prevista expresamente en ninguna disposición, como se requiere para las

⁴⁷ Cfr. entre otras las sentencias del 23 de junio de 2011, radicado Nro. 16090 y del 15 de marzo de 2012, radicado Nro. 16660, ambas con ponencia del Magistrado Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

deducciones y concretamente para las pérdidas⁴⁸; por lo tanto, no es procedente declarar la firmeza de la declaración privada en lo que tiene que ver con esta glosa.

4.2 A esta conclusión se llega con argumentos diferentes a los expuestos por el Tribunal, tal y como se pasa a explicar:

4.3 Afirmó el *a quo* que se vulneró el debido proceso del contribuyente porque en la resolución que decidió el recurso de reconsideración la DIAN “**adicionó un nuevo soporte relativo a que ésta no es deducible por no estar autorizada en la Ley**”.

4.4 Pues bien, confrontado el contenido del requerimiento especial, de la liquidación oficial de revisión y de la resolución que decidió en reconsideración, se observa que los motivos que sustentaron la decisión de la DIAN son los siguientes:

4.4.1 En el **requerimiento especial**, la DIAN afirmó que “*la pérdida sufrida en la venta de dichas acciones⁴⁹ se dio entre empresas que son controladas por la sociedad Bancolombia S.A.*”⁵⁰ y que “*de conformidad con el artículo 107 del Estatuto Tributario la deducción solicitada por concepto de la pérdida en la liquidación de la sociedad 3001 S.A. no tiene relación de causalidad con la actividad productora de renta de la sociedad BANCOLOMBIA S.A. NIT. 890.903.938 y por tanto no es procedente la deducibilidad de dicha pérdida*”⁵¹.

4.4.2 Posteriormente, en la **liquidación oficial de revisión** la Administración expuso que las normas aplicables son los artículos 107 y 151⁵² del ET; en consecuencia, la “*pérdida solicitada por la sociedad BANCOLOMBIA S.A. contiene*

⁴⁸ Al respecto, ver las sentencias del 8 de octubre de 2009, radicado Nro. 16613, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y del 26 de octubre de 2009, radicado Nro. 16410, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁴⁹ Se refiere a la venta de las acciones de la sociedad 3001 S.A. en la empresa FUTURE NET INC, adquiridas por SINESA HOLDING COMPANY LIMITED.

⁵⁰ Cfr. la página 7 del requerimiento especial.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Según el cual, no son deducibles las pérdidas, por enajenación de activos a vinculados económicos.

*todos los supuestos normativos para ser desconocida por este Despacho, por tanto lo expresado en el Requerimiento Especial por la División de Fiscalización Tributaria de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, se encuentra ajustado a derecho*⁵³.

4.4.3 Con ocasión del **recurso de reconsideración**, la DIAN manifestó que “(...) las pérdidas pertenecían a la sociedad 3001 S.A. en liquidación y no a la contribuyente, motivo por el cual no es admisible establecer la vinculación económica existente entre las sociedades vendidas por la sociedad 3001 S.A. en liquidación y BANCOLOMBIA S.A. para efectos de rechazar la pérdida”⁵⁴.

Agregó que la pérdida solicitada “no puede ser trasladable a los socios, ni cumple con los requisitos de necesidad y relación de causalidad establecida en el artículo 107 del Estatuto Tributario para su aceptación”⁵⁵, además, no es deducible por no estar autorizada por la ley.

Finalmente, expuso que la pérdida en la liquidación de sociedades “*debió desconocerse por el total de \$30.107.901.193,84, al no poderse hacer más gravosa la situación del contribuyente toda vez que en el acto administrativo se rechazó únicamente la suma de \$19.431.974.980, se confirmará el desconocimiento de esta última cifra*”⁵⁶.

4.5 Es decir, en un principio, la DIAN fundamentó su decisión en los artículos 107 y 151 del ET; sin embargo, con ocasión del recurso de reconsideración, mantuvo el rechazo con fundamento en el artículo 107 del citado ordenamiento, pero, adicionalmente, expuso que la pérdida no puede ser objeto de deducción por falta de autorización de la ley.

4.6 Este último argumento, que para el Tribunal vulnera el debido proceso del contribuyente, constituye un motivo adicional que sustenta la decisión de la

⁵³ Cfr. la página 19 de la liquidación oficial de revisión.

⁵⁴ Cfr. la página 41 de la resolución que decidió el recurso de reconsideración.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Cfr. la página 43 de la resolución que decidió el recurso de reconsideración.

Administración, mas no un punto nuevo.

4.7 Así lo ha dicho esta Corporación en la sentencia del 25 de marzo de 2010⁵⁷, en la que se expuso que el artículo 59 del CCA⁵⁸ no es ajeno en materia tributaria; por lo tanto, *“interpuesto el recurso de reconsideración con la expresión concreta de los motivos de inconformidad (artículo 722 literal a del Estatuto Tributario), le corresponde a la DIAN decidir sobre cada uno de ellos, así tal decisión incluya cuestiones que no fueron planteadas con anterioridad”* (Se subraya y destaca), en el entendido de que las “cuestiones” son “argumentos o motivos de la decisión”, es decir, no se trata de “puntos nuevos, pues la decisión del recurso no es la oportunidad para que la Administración incluya aquellas glosas que no fueron planteadas en el acto definitivo”.

4.8 Entonces, se incurre en violación al derecho de defensa y al debido proceso cuando la DIAN no se refiere a todos los motivos de inconformidad expuestos en el recurso interpuesto, pero no se puede predicar dicha violación cuando al analizar los fundamentos de hecho y de derecho propuestos por el recurrente, se acude a mejores argumentos para descartar, como ocurrió en este caso, la procedencia de una deducción solicitada en la liquidación privada objeto de revisión, aspecto que fue controvertido en sede judicial al señalar que *“no existe prohibición legal alguna que impida solicitar la deducción de las pérdidas por liquidación de sociedades”*.

4.9 Respecto de este argumento, precisa la Sala que no le asiste razón a la parte apelante, porque en materia de beneficios tributarios estos son taxativos y de interpretación restrictiva; por ende, la pérdida originada en la liquidación de sociedades no es deducible porque no encuadra en ninguna de las pérdidas señaladas por el Estatuto Tributario como deducibles, que la jurisprudencia las ha

⁵⁷ Radicado Nro. 16663, C. P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁵⁸ “**ARTÍCULO 59.** Concluido el término para practicar pruebas, y sin necesidad de auto que así lo declare, deberá proferirse la decisión definitiva. Esta se motivará en sus aspectos de hecho y de derecho, y en los de conveniencia si es del caso. La decisión resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes”.

clasificado en las siguientes categorías, que tienen consecuencias fiscales precisas⁵⁹: (i) **pérdidas operacionales** (art. 147 E.T.); (ii) **pérdidas de capital** (art. 148 E.T.); (iii) **pérdidas en la enajenación de activos** (art. 90 E.T.) y (iv) **pérdidas o disminuciones de inventarios** (art. 62 y s.s. E.T.).

4.10 En consecuencia, el mejor argumento expuesto en la resolución que decidió el recurso de reconsideración, respecto de la improcedencia de la deducción solicitada por no estar autorizada por la ley, no vulnera el derecho de defensa del contribuyente, razón suficiente para no darle prosperidad a este cargo y modificar lo resuelto por el Tribunal en el sentido de declarar que en el *sub júdice* no se vulneró el citado derecho fundamental, motivo por el cual no procede la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados, en lo que tiene que ver con esta glosa.

4.11 Finalmente, en lo que tiene que ver con la **falsa motivación** de los actos administrativos enjuiciados, como causal de nulidad, se reitera que es necesario que la parte interesada en que se declare demuestre una de dos circunstancias: a) o bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente⁶⁰.

Pues bien, aunque en un principio la DIAN sostuvo que las normas aplicables en este caso eran los artículos 107 y 151 del ET, lo cierto es que con ocasión

⁵⁹ Ver entre otras las sentencias del 20 de enero de 1984, radicado Nro. 8930, C. P. Dr. Enrique Low Murtra; del 8 de noviembre de 1991, radicado Nro. 045, C. P. Dra. Consuelo Sarriá Olcos; del 11 de marzo de 2004, radicado Nro. 13542, C. P. Dr. Germán Ayala Mantilla; del 16 de junio de 2005, radicado No. 14633, C. P. Dra. Ligia López Díaz; del 8 de octubre de 2009, radicado No. 16613, C. P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia; del 14 de octubre de 2010, radicado Nro. 17031, C.P. Dr. William Giraldo Giraldo y del 19 de julio de 2012, radicado Nro. 17962, C. P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁶⁰ Cfr. entre otras las sentencias del 23 de junio de 2011, radicado Nro. 16090 y del 15 de marzo de 2012, radicado Nro. 16660, ambas con ponencia del Consejero Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

del recurso de reconsideración expuso que la deducción solicitada no procedía porque no estaba autorizada por la ley, circunstancia que no encaja en los supuestos antes citados; por lo tanto, le asiste razón al Tribunal al no darle prosperidad a este cargo de ilegalidad, porque la DIAN sí expresó los motivos que fundamentaron la decisión demandada, solo que uno de ellos, en específico la aplicación del artículo 151 del ET, fue desvirtuado por el contribuyente, lo que no obsta para que se afirme que lo resuelto, finalmente corresponde a la realidad de los acontecimientos.

4.12 En conclusión, se mantendrá el rechazo propuesto por la DIAN en lo que tiene que ver con esta glosa, tal y como lo declaró el Tribunal, pero por las razones expuestas en esta sentencia.

5 Sanción por inexactitud

5.1 Conforme con el artículo 647 del ET, es claro que constituye inexactitud sancionable (i) la omisión de ingresos, la inclusión de costos, las deducciones o descuentos inexistentes y (ii) en general, la utilización en la declaración de renta de datos o factores equivocados, incompletos o desfigurados; siempre que se derive un menor impuesto o saldo a pagar o un mayor saldo a favor.

Esta misma norma señala que no se configura inexactitud sancionable cuando el menor valor a pagar que resulte en las declaraciones tributarias se derive de errores de apreciación o de diferencias de criterios entre las oficinas de impuestos y el declarante, relativos a la interpretación del derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras denunciados sean completos y verdaderos.

5.2 Respecto de los errores de apreciación o de la diferencia de criterios, la Sala ha dicho que debe versar sobre el derecho aplicable, con la condición de que los hechos y cifras declarados sean veraces y completos.

De esta manera, existe diferencia de criterio *“cuando la discrepancia debe basarse en una argumentación sólida que, aunque equivocada, permita concluir que su interpretación en cuanto al derecho aplicable llevó al convencimiento que su actuación estaba amparada legalmente, pero no ocurre lo mismo, cuando a pesar de su apariencia jurídica, no tiene fundamento objetivo y razonable”*⁶¹.

5.3 En este caso se constató que el menor impuesto a pagar determinado por BANCOLOMBIA S.A., en su declaración del impuesto sobre la renta y complementarios correspondiente al año gravable 2006, se debió a que el contribuyente desconoció la norma aplicable para cada una de las deducciones solicitadas, que fueron objeto de rechazo por parte de la Administración Tributaria.

5.4 En consecuencia, al estar probado que la parte demandante incluyó deducciones sin el cumplimiento de los requisitos señalados en el Estatuto Tributario (pérdida por siniestro de efectivo y canje, y por fraude en tarjetas de crédito) y sin reconocimiento en materia fiscal (pérdida en la liquidación de sociedad) y, adicionalmente, al no evidenciarse que la interpretación de las normas aplicables al caso concreto hayan inducido al banco a apreciar de manera errónea la procedencia de las deducciones en estudio, la sanción por inexactitud se debe mantener; en consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia, en lo que tiene que ver con este cargo de ilegalidad.

5.5 En conclusión, se levantará la sanción por inexactitud en lo que tiene que ver con la glosa planteada respecto a la adición de ingresos por mayor valor en venta de bienes inmuebles recibidos en dación en pago, en tanto que se mantendrá respecto de las glosas relacionadas con la pérdida por siniestro de efectivo y canje, y por fraude en tarjetas de crédito, así como con la pérdida en la liquidación de la sociedad 3001 S.A.

⁶¹ Sentencia del 12 de marzo de 2009, radicado Nro. 16575, C. P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

6 Devolución del saldo a favor que presenta la declaración de renta del año gravable 2006

6.1 Está probado en el expediente que el banco realizó el trámite pertinente para obtener la devolución y/o compensación de un saldo a favor contenido en la declaración privada del impuesto sobre la renta del año gravable 2006.

6.2 No obstante lo anterior, comoquiera que en esta sentencia se está practicando nueva liquidación del citado impuesto, que no arroja saldo a favor que deba ser objeto de devolución, este cargo no está llamado a prosperar.

7 CONCLUSIÓN

7.1 Como consecuencia de lo expuesto, la Sala modificará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarará la nulidad parcial de los actos administrativos demandados y procederá a practicar una nueva liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios por el año gravable 2006, para (i) rechazar la adición de ingresos por mayor valor en venta de bienes inmuebles recibidos en dación en pago, en cuantía de \$17.978.791.000; (ii) mantener el desconocimiento de la pérdida por siniestro de efectivo y canje por la suma de \$571.529.426 y, por fraude en tarjetas de crédito por la suma de \$16.646.200.812; (iii) mantener el desconocimiento de la pérdida en la liquidación de la sociedad 3001 S.A., por la suma de \$19.431.974.980 y (iv) levantar de manera proporcional, conforme a lo anterior, la sanción por inexactitud, tal como se refleja en la siguiente liquidación:

Conceptos	Liquidación Oficial Inicial	Liquidación Privada Corrección	Liquidación Recurso de Reconsideración	Liquidación Consejo de Estado

Total gastos de nómina	510.129.046.000	510.129.046.000	510.129.046.000	510.129.046.000
Aportes al sistema de seguridad social	63.051.957.000	63.051.957.000	63.051.957.000	63.051.957.000
Aportes al Sena, ICBF, cajas de compensación	28.508.344.000	28.508.344.000	28.508.344.000	28.508.344.000
Efectivo, bancos, cuentas de ahorro	6.716.936.931.000	6.716.936.931.000	6.716.936.931.000	6.716.936.931.000
Cuentas por cobrar	17.844.342.954.000	17.844.342.954.000	17.844.342.954.000	17.844.342.954.000
Acciones y aportes	1.428.343.093.000	1.428.343.093.000	1.428.343.093.000	1.428.343.093.000
Activos fijos	535.142.085.000	535.142.085.000	535.142.085.000	535.142.085.000
Otros activos	305.150.215.000	305.150.215.000	305.150.215.000	305.150.215.000
Total patrimonio bruto	26.829.915.278.000	26.829.915.278.000	26.829.915.278.000	26.829.915.278.000
Pasivos	23.123.873.463.000	23.123.873.463.000	23.123.873.463.000	23.123.873.463.000
Total patrimonio líquido	3.706.041.815.000	3.706.041.815.000	3.706.041.815.000	3.706.041.815.000
Ingresos brutos operacionales	2.064.276.837.000	2.064.276.837.000	2.064.276.837.000	2.064.276.837.000
Ingresos brutos no operacionales	484.248.567.000	466.269.776.000	484.248.567.000	466.269.776.000
Intereses y rendimientos financieros	2.212.516.016.000	2.212.516.016.000	2.212.516.016.000	2.212.516.016.000
Total ingresos brutos	4.761.041.420	4.743.062.629.000	4.761.041.420.000	4.743.062.629.000
Ingresos no constitutivos de renta	196.506.186.000	196.506.186.000	196.506.186.000	196.506.186.000
Total ingresos netos	4.564.535.234.000	4.546.556.443.000	4.564.535.234.000	4.546.556.443.000
Otros costos	82.216.722.000	82.216.722.000	82.216.722.000	82.216.722.000
Total Costos	82.216.722.000	82.216.722.000	82.216.722.000	82.216.722.000
Gastos operacionales de administración	3.734.527.646.000	3.734.906.972.00	3.735.108.954.000	3.735.108.954.000
Deducción inversiones en activos fijos	17.848.239.000	17.848.239.000	17.848.239.000	17.848.239.000
Pérdida por exposición a la inflación	63.084.165.000	63.084.165.000	63.084.165.000	63.084.165.000
Otras deducciones	305.237.565.000	342.089.252.000	305.439.547.000	305.439.547.000
Total deducciones	4.120.697.615.000	4.157.928.628.000	4.121.480.905.000	4.121.480.905.000
Renta líquida ordinaria del ejercicio	361.620.897.000	306.411.093.000	360.837.607.000	342.858.816.000
Compensaciones	24.213.588.000	50.936.011.000	50.936.011.000	50.936.011.000
Renta líquida	337.407.309.000	255.475.082.000	309.901.596.000	291.922.805.000
Renta presuntiva	229.865.074.000	229.865.074.000	229.865.074.000	229.865.074.000
Renta exenta	90.882.310.000	90.882.310.000	90.882.310.000	90.882.310.000
Renta líquida gravable	246.524.999.000	164.592.772.000	219.019.286.000	201.040.495.000
Impuesto sobre la renta líquida gravable	91.214.250.000	60.899.326.000	81.037.136.000	74.384.983.000
Impuesto neto de renta	91.214.250.000	60.899.326.000	81.037.136.000	74.384.983.000
Total impuesto a cargo	91.214.250.000	60.899.326.000	81.037.136.000	74.384.983.000
Anticipo renta por el año 2006	11.955.365.000	11.955.365.000	11.955.365.000	11.955.365.000
Autorretenciones	70.222.929.000	70.222.929.000	70.222.929.000	70.222.929.000
Otras retenciones	854.421.000	854.421.000	854.421.000	854.421.000
Total retenciones año gravable 2006	71.077.350.000	71.077.350.000	71.077.350.000	71.077.350.000
Saldo a pagar por impuesto	8.181.535.000	0	0	0
Sanciones	48.623.453.000	59.787.000	21.755.880.000	21.541.179.000
Total saldo a pagar	56.804.988.000	0	19.760.301.000	12.893.447.000
O total saldo a favor	0	22.073.602.000	0	0

Cálculo de la sanción por inexactitud:

	Liquidación Corrección Provocada	Liquidación Consejo de Estado	Diferencia
Saldo a favor antes de sanciones	22.073.602.000	8.647.732.000	13.425.870.000
160%			21.481.392.000
(+) Sanción por inexactitud reducida que se acepta			59.787.000
			21.541.179.000

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

FALLA

Primero: MODIFÍCANSE los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia del 28 de enero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia. En su lugar:

Declárase la nulidad parcial de la Liquidación Oficial de Revisión Nro. 900005 del 23 de septiembre de 2008 y de la Resolución Nro. 900080 del 15 de octubre de 2009, mediante las cuales la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, modificó la declaración privada del impuesto sobre la renta y complementarios presentada por BANCOLOMBIA S.A., por la vigencia fiscal de 2006.

Como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del derecho, se declara que el impuesto sobre la renta y complementarios a cargo del BANCOLOMBIA S.A., por el año gravable 2006, corresponde al liquidado en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: REVÓCASE el numeral cuarto de la sentencia apelada y, en su lugar, declárase que no hay lugar a la devolución de suma alguna por concepto de saldo a favor en la declaración de renta del año gravable 2006.

Tercero: CONFÍRMASE en lo demás.

Cuarto: RECONÓCESE PERSONERÍA a la doctora Clara Inés González Ramírez, como apoderada de la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, en los términos y para los fines del memorial poder conferido, visible en el folio 19 del cuaderno principal No. 2.

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

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidenta de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ