

PERDIDAS FICALES – Clasificación jurisprudencial / PERDIDAS OPERACIONALES – Definición / PERDIDA DE CAPITAL – Concepto / PERDIDA EN LA ENAJENACION DE ACTIVOS – Definición

En el tema fiscal, las pérdidas procedentes están previstas expresamente en las normas tributarias. La doctrina de la Sección ha clasificado tres categorías de pérdidas fiscales de acuerdo con el ordenamiento tributario, las cuales tienen consecuencias precisas, así: 1. Las pérdidas operacionales, que son aquellas que resultan en el período gravable de los mayores costos y gastos de la actividad productora de renta, frente a los ingresos percibidos en la misma. Estas pérdidas se compensan por regla general con las rentas obtenidas por el contribuyente en los períodos gravables posteriores y están reguladas en el artículo 147 del Estatuto Tributario; 2. Las pérdidas de capital, que son aquellas que se producen sobre activos fijos que sean bienes usados en el negocio o actividad productora de la renta, siempre que hubieren ocurrido por una fuerza mayor durante el año o período gravable, según regulación del artículo 148 del Estatuto Tributario y, 3. La pérdida en la enajenación de activos, que se presenta cuando se enajena un bien que hace parte del activo del contribuyente por un valor inferior a su costo fiscal, incluidos los ajustes integrales por inflación que se calcularon hasta el año gravable 2006, según prescribe el artículo 90 del Estatuto Tributario.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 90 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 147 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 148

RENDA BRUTA – Determinación en la enajenación de activos / PRECIO DE ENAJENACION - Es igual al valor comercial por el cual se enajena el activo / VALOR COMERCIAL - Es el señalado por las partes

El artículo 90 del Estatuto Tributario, vigente para la ocurrencia de los hechos, regula la fórmula para determinar la renta bruta o la pérdida, cuando ésta se deriva de la enajenación de activos. Conforme con esa fórmula la renta bruta o la pérdida es igual a la diferencia entre el precio de enajenación y el costo del activo o activos enajenados. El precio de enajenación, según la misma norma, es igual al valor comercial por el cual se enajena el activo, sea que se reciba en dinero o en especie. El valor comercial, a su vez, prescribe el artículo 90 E.T., es el señalado por las partes. Sin embargo, para que así sea, ese valor no puede diferir notoriamente del valor comercial promedio para bienes de la misma especie en la fecha de enajenación. Aparte de la estipulación contractual, el citado artículo 90 señala que cuando el valor asignado por las partes difiera notoriamente del valor comercial de los bienes en la fecha de su enajenación, conforme con lo dispuesto en este artículo, el funcionario de fiscalización puede 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. Además, señala que se entiende que el valor asignado por las partes difiere notoriamente del promedio vigente, cuando 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.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 90

CONSTITUCION DE SOCIEDAD – Pérdida en el activo aportado. Procedencia / PERDIDA EN LA ENAJENACION DE ACTIVOS – Se aplica también por activos dados en la constitución de sociedades. Pruebas. Requisitos. Procedencia / VALOR COMERCIAL – No es el determinado por la DIAN sino por las partes / PRECIO COMERCIAL – Determinación por parte de la DIAN cuando difiere notoriamente del fijado por las partes

A juicio de la Sala, la exigencia de la DIAN no está prevista en la ley, y, por el contrario, el valor comercial corresponde al valor pactado por las partes libremente, con el límite previsto en el inciso cuarto del artículo 90 del Estatuto Tributario, que señala que dicho valor no debe diferir notoriamente del precio comercial promedio para bienes de la misma especie, en la fecha de su enajenación. Además, el mismo artículo dispone que cuando el valor asignado por las partes difiera notoriamente del valor comercial de los bienes en la fecha de su enajenación, el funcionario de fiscalización puede rechazarlo para los efectos impositivos y deberá señalar un precio de enajenación acorde con la naturaleza, condiciones y estado de los activos; atendiendo a los datos estadísticos producidos por la DIAN, por el Departamento Nacional de Estadística, por la Superintendencia de Industria y Comercio, por el Banco de la República u otras entidades afines. Sin embargo, de las pruebas que obran en el expediente se infiere que la DIAN no estableció alguna de estas circunstancias. Por el contrario, la sociedad demandante aportó una serie de documentos, en los que constaba que CENTELSA y SYCAMORE RESOURCES LTDA., acordaron avaluar el establecimiento de comercio que aportó la primera en la constitución de la sociedad VALTEL LTDA. en \$875.000.000, cuyos activos ascendían a \$13.791.666.666 y los pasivos a \$12.916.666.666, y que dentro de los activos, el activo diferido estaba avaluado en \$10.562.552.339. En ese orden, la DIAN no contó con elementos de juicio válidos para rechazar la pérdida que generó el aporte del establecimiento de comercio en la constitución de la sociedad VALTEL LTDA, y sólo se limitó a ajustar el precio de enajenación a partir del costo de los mismos registrado en los libros contables de CENTELSA, sin demostrar que el valor comercial que ésta última asignó al establecimiento de comercio estaba por debajo de los límites señalados en el artículo 90 del E.T., disposición que regulaba la pérdida discutida.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 90

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil doce (2012).

Radicación: número: 76001-23-31-000-2001-03383-01(17962)

Actor: CABLES DE ENERGÍA Y TELECOMUNICACIONES S.A. –CENTELSA S.A.

Demandado: U.A.E. DIAN

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la U.A.E. DIAN contra la sentencia del 27 de julio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que falló lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad del acto administrativo contenido en la Liquidación Oficial de Revisión No. 050642001000024 de abril 04 de 2.001, proferida por la División de Liquidación de la Administración Regional Suroccidente Local Cali.

SEGUNDO: DECLÁRASE en firme la declaración privada del impuesto de renta y complementarios del año gravable 1.997, realizada por la sociedad CENTELSA S.A.”

1. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

- La sociedad CENTELSA presentó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 1997, el día 16 de abril de 1998, en la que liquidó un saldo a favor de \$4.913.738.000.
- El 21 de julio de 2000, la División de Fiscalización Tributaria de la Administración Regional Suroccidente Local de Cali de la DIAN profirió el Requerimiento Especial número 0506320000058¹, por medio del cual propuso modificar la anterior declaración, así: i) rechazar la deducción por “pérdida venta otros activos-inversión Valtel”. (renglón 72) por \$4.945.554.000, II) fijar el impuesto a cargo en \$840.116.000, III) imponer sanción por inexactitud de \$1.344.229.000 y, iv) fijar el saldo a favor en \$2.729.393.000.
- Previa respuesta al anterior requerimiento, por parte de la demandante, la División de Fiscalización de la misma Administración emitió la Liquidación Oficial de Revisión número 050642001000024 del 4 de abril de 2001²,

¹ Folios 1188 a 1190 del cuaderno de antecedentes.

² Folios 1272 a 1274 del cuaderno de antecedentes.

mediante la cual confirmó las glosas propuestas en el requerimiento especial. La parte actora no interpuso recurso de reconsideración contra la liquidación oficial.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

A) LA DEMANDA

La sociedad CENTELSA., mediante apoderado judicial, formuló las siguientes pretensiones:

““(...) solicito la anulación de la actuación administrativa contenida en la Liquidación de Revisión No. 050642001000024 de Abril 4 de 2001. (...)”

““(...) y se restablezca en su derecho a mi representada, declarando en firme la liquidación privada del impuesto a la renta correspondiente al año gravable de 1997.”

La parte demandante, en los fundamentos de derecho de la demanda, invocó como violadas las siguientes disposiciones:

- Artículos 29, 79, 90, 104, 632, 647, 651, 683, 684, 686, 742, 743, 745, 746, 749 y 786 a 791 del Estatuto Tributario;
- Artículos 6º y 95-9 de la Constitución Política;
- Artículos 132, 189, 526 y 824 del Código de Comercio;
- Artículos 10º del Decreto 1495 de 1978 y 123 del Decreto 2649 de 1993 y,
- Artículos 176 y 177 del Código de Procedimiento Civil

Para sustentar lo anterior, propuso los cargos de violación que a continuación se resumen:

Previo a desarrollar los cargos de violación, puso de presente que la glosa discutida se originó en el hecho de que CENTELSA aportó un establecimiento de comercio para la constitución de la sociedad VALTEL, que incluía un cargo diferido. Que al momento del aporte, CENTELSA estimó que el valor comercial del cargo diferido ascendía a \$10.562.552.339. Que al comparar la anterior cifra con el costo en libros (\$15.508.106.042), se generó una pérdida por valor de \$4.945.553.703, que la compañía solicitó como deducción en la declaración de renta del año 1997. Que CENTELSA, de igual manera, aportó a otra sociedad (SANTEL) otro establecimiento de comercio, que generó una utilidad gravable de \$6.822.208.240, superior a la pérdida generada en la constitución de la sociedad VALTEL. Que este último hecho fue "olímpicamente" desconocido por la Administración fiscal.

También, dijo que la Administración revisó la operación y consideró que el valor comercial que se le asignó al establecimiento de comercio era incorrecto, pues debió ascender al costo en libros. Que, para ello, le exigió a CENTELSA la prueba que demostrara el valor comercial que le asignó a la especie. Que ante la imposibilidad de la sociedad de aportar dicha prueba, la DIAN rechazó la pérdida generada en la operación.

1. Violación del artículo 683 del Estatuto Tributario y 95-9 de la Constitución Política, por falta de aplicación

La sociedad actora dijo que las actuaciones acusadas no consultan el espíritu de justicia, al glosar únicamente la operación de constitución de VALTEL, generadora de una pérdida fiscal, cuando la operación "gemela" de constitución de la sociedad SANTEL, ejecutada mediante la aplicación de parámetros exactos a la de VALTEL, ni siquiera fue revisada en el mismo aspecto que originó la glosa que se discute.

Para la demandante, si la DIAN presumió que el valor comercial de VALTEL correspondía al costo en libros, en estricta equidad, debió glosar las dos

operaciones con el fin de determinar la utilidad y la pérdida, bajo los mismos lineamientos.

Sostuvo que el desconocimiento de la Administración rompió el equilibrio fiscal que se obtiene de las dos operaciones, e hizo que CENTELSA contribuyera con las cargas públicas en más de lo que legalmente le correspondía, lo que violó el principio de capacidad contributiva.

**2. Violación de los artículos 90, 79 y 29 del Estatuto Tributario.
Determinación del valor por el que se pagó el aporte en especie,
constitutivo de costo para CENTELSA**

CENTELSA indicó que el artículo 90 del E.T. dispone que los actos de enajenación deben efectuarse como mínimo por el 75% del valor comercial. Que, por lo tanto, el valor en libros es un factor ajeno a la determinación del valor de la transacción y, por ende, del impuesto.

Sostuvo que del artículo 90 ibídem se desprenden las siguientes situaciones: i) que la utilidad o pérdida en la enajenación de activos está determinada por el valor comercial del bien; ii) que no es procedente recurrir al valor en libros para establecer el valor comercial del bien; iii) que la carga de la prueba recae en la Administración, quien no puede exigirle al contribuyente que pruebe la determinación del valor comercial; iv) que la carga probatoria de la Administración consiste en establecer el precio comercial del bien y si el valor pactado es notoriamente inferior a aquél y, v) que el contribuyente puede discutir la valoración efectuada y desvirtuar el valor asignado en el proceso.

Estimó que el rechazo de la pérdida es ilegal, ya que el valor que se tomó como base para establecer el valor comercial no correspondió al valor probado por la Administración, sino a la aplicación indebida del costo en libros como valor comercial, sin sustento alguno.

Dijo que acorde con los artículos 79 y 29 del E.T., cuando los contribuyentes incurren en un costo en especie, el valor de la especie se determina por el valor comercial, el que en caso de ser inferior al valor en libros, originará una pérdida fiscal que es deducible del impuesto de renta, habida cuenta de que se deriva de la enajenación de un activo.

Afirmó que, conforme con los anteriores artículos, al efectuarse el aporte en especie, CENTELSA retiró el costo fiscal de los cargos diferidos e incluyó el valor comercial de la especie aportada al capital social de VALTEL, lo que generó una pérdida en la enajenación del activo, la que es deducible.

Explicó que CENTELSA determinó técnicamente el valor comercial de los cargos diferidos y acudió a una valoración financiera de los rendimientos futuros del proyecto, traídos al valor presente. Añadió que *“(...) considerando que el establecimiento de comercio que se aportaba se originaba en la ejecución de un contrato de riesgo compartido, el cual suponía amortizar la inversión con los ingresos provenientes de la prestación del servicio y que, a su turno, CENTELSA ya conocía los flujos de efectivo que estaba produciendo el proyecto, el análisis financiero condujo a establecer el valor presente de los flujos de efectivo proyectados durante el término de duración del contrato. Establecido este valor se definió el valor neto del establecimiento de comercio que se aportó, lo cual, como ya se analizó, implicó una pérdida surgida de acatar lo ordenado por la Ley. En el caso del SPV SANTEL, el efecto fue el contrario, es decir, una utilidad que resultó muy superior a la pérdida.”*

Aseveró que la pérdida se originó en el mayor costo de los cargos diferidos derivado de los ajustes por inflación, y que es deducible.

3. Violación de los artículos 824, 132, 189 y 526 del Código de Comercio; 10º del Decreto 1495 de 1978 y 123 del Decreto 2649 de 1993 y, 743 del Estatuto Tributario. Soporte de las transacciones

La parte actora dijo que ni las leyes comerciales, ni las contables, exigen a los comerciantes conservar prueba de la forma como se determinó el valor pactado para un determinado contrato. Que la ley sólo exige la conservación del soporte interno y/o externo que acredite la ocurrencia del hecho económico.

Consideró ilegal la exigencia a CENTELSA de aportar, además de la prueba de la ocurrencia del hecho económico, el documento interno y/o externo que sirva de justificación al precio asignado al cargo diferido como aporte para la constitución de la sociedad VALTEL.

Sostuvo que ninguna disposición de orden comercial exige, para la configuración de la operación de aporte de activos en la constitución de sociedades, la solemnidad de establecer, en un documento, el avalúo, y mucho menos exigirlo como soporte de la operación. Agregó que el comerciante, en desarrollo de la libre autonomía de la voluntad, está en libertad de valorar sus activos sin someterse, para el efecto, a ninguna tarifa legal probatoria.

Indicó que con la entrada en vigencia de la Ley 222 de 1995 (artículo 132 del C. de Co.), en el caso de los aportes en especie, sólo se requiere aprobación del avalúo para las sociedades controladas por la Superintendencia de Sociedades. Que las sociedades que no tienen la condición de controladas por la Superintendencia, no requieren la aprobación del avalúo. Que, en consecuencia, es suficiente que los socios constituidos en juntas preliminares aprueben el valor asignado a la especie que se aportará para constituir el patrimonio social, sin que se requiera el documento que pruebe el avalúo comercial del mismo.

Manifestó que en el caso de la sociedad VALTEL, que no está controlada por la Superintendencia de Sociedades, CENTELSA no estaba obligada a contar con un avalúo del establecimiento de comercio que aportaba, y tampoco requería la aprobación de la Superintendencia para el perfeccionamiento de la operación. Que sólo basta con la aprobación del avalúo por parte de los socios reunidos en junta preliminar.

Precisó que los artículos 189 y 526 del C. de Co. no exigen que las decisiones se soporten en documentos sobre avalúos o valoraciones de las prestaciones u obligaciones que se asumirán en hechos económicos o futuros.

Dijo que de lo dispuesto en los artículos 10º del Decreto 1495 de 1978 y 123 del Decreto 2649 de 1993 se deduce que los soportes internos y externos constituyen la prueba de la ocurrencia del hecho económico que se registra contablemente. Que los soportes contables no acreditan las consideraciones previas que tuvo el comerciante para realizar una operación comercial.

Indicó que el artículo 743 del Estatuto Tributario ratifica que las pruebas tienen por fin acreditar hechos y no las valoraciones precontractuales que la parte efectuó para celebrar una determinada negociación. Que, por lo tanto, es ilegal cualquier pretensión de que el contribuyente acredite circunstancias diferentes a los hechos económicos, tales como las consideraciones que sirvieron de base a la valoración de la operación.

Reiteró que el acto demandado es nulo, porque el hecho en que se sustentó, consistente en la exigencia de documento que acredite la valoración del cargo diferido aportado para la constitución de la sociedad VALTEL, violó las disposiciones fiscales, comerciales y contables citadas, al imponerle a CENTELSA el *“ilegal deber de suministrar la prueba que acredite la razón por la cual el cargo diferido se valoró en la suma de \$10.562.552.339.”*

4. Violación de los artículos 632, 651, 684 y 686 del Estatuto Tributario. Alcance del deber de suministrar información

Destacó que los artículos 632, 651, 684 y 686 del Estatuto Tributario exigen al contribuyente aportar los documentos que solicite la DIAN, siempre que los mismos hagan parte de la contabilidad del contribuyente, o que por razones del derecho aplicable vigente, consten en soportes especiales que obren en los

papeles de comercio del contribuyente. Sin embargo, agregó, la Administración no puede exigir que el contribuyente aporte documentos que no está obligado a emitir conforme a la ley fiscal, comercial y contable.

Dijo que el acto acusado transgredió las anteriores disposiciones, *“en la medida en que desconoce que su contenido está condicionado a la existencia de legislación vigente que exija determinada probanza.”*

5. Violación de los artículos 176, 177 del Código de Procedimiento Civil; 90, 746, 749 y 786 a 791 del Estatuto Tributario. La presunción de veracidad y la carga de la prueba

Dijo que la presunción de veracidad de las declaraciones tributarias, consagrada en el artículo 746 del E.T., conlleva que la carga de la prueba de determinado hecho recaiga en la Administración, a quien corresponde demostrar los hechos en que pretende fundamentar la actuación.

Consideró que la ausencia de una prueba recaudada por la Administración fiscal, que desvirtúe la presunción de veracidad del valor asignado al cargo diferido, conlleva la nulidad del acto demandado, por violación del artículo 742 del E.T.

Estimó que la DIAN aplicó indebidamente el artículo 177 del C. de P.C. al desconocer la existencia y efectos de los artículos 176 del mismo ordenamiento y 746 del E.T., referentes a la presunción de veracidad.

Sostuvo que de la aplicación armónica de las anteriores disposiciones se llega a la conclusión de que al contribuyente no le corresponde probar los datos contenidos en la declaración, sino a la Administración, que debe desvirtuar la presunción de veracidad que la ley consagra en relación con la información declarada.

Reiteró que la carga de la prueba, en relación con la determinación del valor comercial de los activos que se enajenan, recae en la Administración de Impuestos.

Manifestó que la actuación demandada violó el artículo 90 del E.T., por falta de aplicación, al haber considerado, erradamente, que la Administración no estaba obligada a probar el valor comercial de los cargos diferidos aportados, trasladando la carga de la prueba, de manera ilegal, a CENTELSA. También, por tener el valor en libros del cargo diferido como valor comercial, pues el artículo 90 ordena que el valor comercial debe establecerse con base en datos estadísticos producidos por la DIAN u otras entidades gubernamentales.

Precisó que los artículos 749 y 786 a 791 del E.T. consagran circunstancias especiales que deben ser probadas por el contribuyente. Que, sin embargo, ninguno de los artículos es aplicable al caso de CENTELSA, razón por la que, a su juicio, el acto demandado es nulo al haberse fundamentado en tales disposiciones.

Indicó que si de las pruebas que reposan en el expediente surge alguna duda, imputable únicamente a la inactividad de la DIAN, ésta debe ser resuelta en favor de CENTELSA, por virtud del artículo 745 del Estatuto Tributario.

6. Violación del artículo 647 del Estatuto Tributario. Sanción por inexactitud

CENTELSA adujo que al estar probada la ilegalidad de la glosa propuesta por la DIAN, por sustracción de materia procede la declaratoria de nulidad del acto acusado, en cuanto impuso sanción por inexactitud.

Dijo que, no obstante lo anterior, si la glosa fuera procedente, la sanción debe ser levantada, porque CENTELSA no incluyó en la declaración de renta del año 1997, deducciones falsas e inexistentes, que dieran lugar a la sanción.

Precisó que el rechazo de la pérdida no se originó porque alguno de los conceptos que sirvieron para su determinación fueran irreales, sino que surgió del hecho de que la Administración fiscal consideró, ilegalmente, que CENTELSA debió aportar la prueba sobre la forma como se avaluó o valoró el cargo diferido transferido como parte del establecimiento de comercio que aportó para la constitución de la sociedad VALTEL LTDA.

B) CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En concreto, el apoderado de la UAE DIAN contestó la demanda en los siguientes términos:

Dijo que el fundamento legal del requerimiento especial fueron los artículos 147 al 156 del Estatuto Tributario y la reiterada interpretación de los mismos por parte de la doctrina judicial.

Sostuvo que el aporte en especie que realizó CENTELSA, representado en un establecimiento de comercio, debe calificarse como una operación de enajenación, porque la sociedad aportante entrega la propiedad del bien a la sociedad constituida.

Indicó que el bien aportado corresponde a los denominados activos fijos, cuya característica es la de que no se enajenan de manera habitual dentro del giro de los negocios o actividad económica del contribuyente.

Precisó que la entrega del aporte en especie no fue objeto de cuestionamiento en lo atinente a la viabilidad o procedencia legal.

Aseguró que la procedencia de las deducciones está regulada en el artículo 107 del E.T., en concordancia con la Ley 115/94, artículo 89; la Ley 118/94, artículo 18; la Ley 219/95, artículo 16; la Ley 383/97, artículos 23 y 53; los artículos 26 y 101 del Estatuto Tributario y, el Decreto 380/96, artículo 14.

Manifestó que la demandante contradijo sus argumentos de sustentación de la deducción rechazada, porque existe ley que expresamente autoriza la deducción por pérdida en la enajenación de activos fijos.

Sostuvo que “[E]l acto hace referencia a la pérdida (sic) ocasional, que no es deducible para los obligados a aplicar ajustes por inflación, por no encontrarse sometidos al impuesto de ganancias ocasionales y que resulta de la enajenación objeto en consideración, por no corresponder a una operación del giro ordinario del negocio de la sociedad actora.”

También, que “[L]a controversia se suscita frente a la deducción de la pérdida por enajenación del activo aportado para la constitución de la sociedad VALTEL, puesto que el artículo 90 regula la determinación de la renta bruta en la enajenación de activos, asunto diferente a la procedencia de la pérdida (sic) como deducción.”

C) LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró la nulidad de los actos acusados y, a título de restablecimiento del derecho, la firmeza de la declaración privada del impuesto de renta del año 1997 de la demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Sostuvo que los artículos 149 y 90 del Estatuto Tributario hacen referencia a la enajenación de activos y la pérdida de los mismos. Que la pérdida originada en la enajenación de activos fijos para la constitución de sociedades no está regulada expresamente, situación que no es óbice para que la figura sea procedente, pues la ley tributaria no la prohíbe o limita.

Contrajo el estudio del caso a la falta de prueba que soporte la operación de enajenación del activo (establecimiento de comercio), que entregó la demandante para la constitución de la sociedad VALTEL.

Consideró que el acto demandado no tenía sustento legal alguno, pues se fundamentó en una mera presunción, sin que en el procedimiento administrativo que adelantó la DIAN se hubiera probado la irregularidad que dio origen al rechazo de la deducción por pérdida en la enajenación de activos.

Le dio la razón a la demandante, puesto que consideró que el único fundamento de la liquidación oficial fue el hecho de que CENTELSA no acreditó el valor asignado al cargo diferido que aportó para la constitución de la sociedad VALTEL. Agregó que la DIAN olvidó que le correspondía la carga de probar tal situación.

Consideró demostrado, con la documentación allegada por la demandante, que la enajenación del activo (establecimiento de comercio) se hizo de conformidad con el valor comercial del mismo.

Por último, estimó que la sanción por inexactitud no era procedente, puesto que no se cumplieron los presupuestos del artículo 647 del E.T. Asimismo, que no se demostró fraude o falsedad de los hechos y cifras que declaró la parte actora en el denuncia privado cuestionado. Por el contrario, encontró diferencias de criterio entre las partes respecto del derecho aplicable.

D) EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la U.A.E. DIAN recurrió la decisión del Tribunal y solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda. En concreto, las razones de su inconformidad fueron las siguientes:

Hizo un recuento de los fundamentos fácticos del acto administrativo demandado. Indicó que el acto acusado rechazó la suma de \$4.945.554.000, declarada en el renglón "otras deducciones", correspondiente a la pérdida solicitada por enajenación de un establecimiento de comercio, que fue objeto de aporte por parte de la demandante, en la constitución de la sociedad VALTEL LTDA., según se desprende del Acta 74 de la reunión extraordinaria de la asamblea de accionistas de CENTELSA, del 7 de noviembre de 2007, y de la escritura de constitución número 4173 del 18 de diciembre de 1997.

Manifestó que la DIAN le solicitó a la demandante los documentos internos o externos que sustentaran el valor que la demandante le asignó al activo diferido (establecimiento de comercio) de \$10.562.552.339. Dijo que la carga de la prueba se trasladó a la demandante, la que se limitó a suministrar explicaciones verbales y escritas, pero no aportó las pruebas que demostraran la certeza de la ocurrencia de hechos con incidencia fiscal.

Precisó que la controversia se centra en la *"deducción de la pérdida por enajenación del activo aportado por la sociedad demandante para la constitución de la sociedad VALTEL, puesto que el artículo 90 del Estatuto Tributario regula la determinación de la renta bruta en la enajenación de activos; asunto diferente a la procedencia de la pérdida como deducción."*

Dijo que la transacción que realizó CENTELSA con VALTEL se refirió a un aporte de capital, en virtud de la celebración de un contrato de constitución de sociedad, más no una venta, y que, por tal razón, no se podía hablar de la pérdida originada en la venta de un activo.

Agregó que la Administración no cuestionó la viabilidad o procedencia de la entrega del aporte en especie, la que está permitida según el artículo 136 del Código de Comercio.

Precisó que el Concepto DIAN número 032965 del 28 de mayo de 2004 considera tres hipótesis en relación con el valor que se asigna a los bienes que se enajenan como aporte en especie:

1. Que en la negociación las partes acuerden como valor de enajenación del bien aportado, el costo fiscal de este, caso en el que no se genera renta;
2. Que las partes acuerden como valor de enajenación del bien aportado uno superior a su costo fiscal, generándose una utilidad para el aportante. La utilidad corresponde a la diferencia entre el costo fiscal del bien y el costo de las acciones recibidas, ya sea que éstas últimas se reciban por su valor nominal o por su valor intrínseco y,
3. Si las partes asignan al bien aportado un precio de enajenación inferior a su costo fiscal, se genera una pérdida no deducible para el aportante.

Sostuvo que conforme con los artículos 151 y 152 del E.T., no es deducible la pérdida originada en la enajenación de activos fijos o movibles, llevada a cabo entre sociedades u otras entidades y los socios que sean personas naturales. Que *“cuando la enajenación se lleve a cabo entre entidades o sociedades, las pérdidas generadas son deducibles, en la medida en que la ley no hace extensible la prohibición consagrada en las normas citadas a las operaciones realizadas entre las sociedades.”*

Indicó que el artículo 149 del Estatuto Tributario permite la deducción por pérdida en la enajenación de activos, salvo el caso de los ajustes realizados de conformidad con los artículos 73, 90, 868 del E.T. y 65 de la Ley 75 de 1968.

Infirió que la enajenación de activos es deducible en términos generales, con excepción de los casos contemplados en los artículos 151, 152 y 149 del Estatuto Tributario.

Finalmente, concluyó que *“la pérdida ocasional, que no es deducible para los obligados a aplicar ajustes por inflación, por no encontrarse sometido al impuesto de ganancia ocasional y que resulta de la enajenación objeto en consideración, por no responder a una operación del giro ordinario del negocio de la sociedad CENTELSA S.A., además se refería más bien a un aporte de capital de parte de Centelsa S.A. a Valtel Ltda., celebrándose un contrato de constitución de sociedad más no una venta, por lo tanto no se puede hablar de pérdida en la venta de un activo, porque así lo establece la norma. “*

E) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El **Ministerio Público** solicitó confirmar la sentencia apelada, porque consideró que la pérdida ocurrida en la venta del aporte que realizó la demandante en la sociedad VALTEL LTDA. corresponde a la prevista en la ley como pérdida en la enajenación de activos, la que es deducible.

Precisó que en términos legales, la “enajenación” significa la transmisión de la propiedad de una cosa; la transmisión de cualquier derecho patrimonial de una cabeza a otra.

Que la regulación comercial sobre los aportes en especie en la conformación de sociedades (artículos 98 y 126 del C. de Co.) prevé que pueden hacerse por el género y cantidad de las cosas que hayan de llevarse al fondo social, estimadas en un valor comercial determinado.

Que a partir de lo anterior, los aportes en especie que se entregan para constituir una sociedad constituyen un acto de “enajenación”, en la medida que el dominio que tenía el aportante sobre ellos se transmite a la nueva sociedad.

Que, para efectos fiscales, el artículo 90 del Estatuto Tributario dispone que la renta bruta o la pérdida originada en la enajenación de activos, a cualquier título, está constituida por la diferencia entre el precio de enajenación y el costo de los activos enajenados, y que el precio de la enajenación es el valor comercial realizado en dinero o especie.

Que el inciso cuarto del citado artículo 90, vigente para la época de los hechos, preveía como valor comercial el señalado por las partes, siempre que no difiera en más del 25% del establecido en el comercio para bienes de la misma especie y calidad en la fecha de enajenación, pues, en tal caso, la administración de impuestos puede rechazarlo para efectos impositivos y señalar uno acorde con las condiciones de los activos, con base en los datos estadísticos de las entidades allí indicadas, cuya discusión se efectuó en el mismo proceso.

Que la DIAN no podía rechazar la deducción de la pérdida que sufrió la demandante en la enajenación del establecimiento de comercio, a título de aporte, por el hecho de que el valor asignado a esos activos no era el registrado en libros y que la parte actora no comprobó dicho valor, pues no es un motivo previsto en la ley para rechazar la deducción.

Que el rechazo de la deducción por esa causa desconoce el derecho de la contribuyente tanto a fijar el valor comercial de los activos enajenados como a deducir la pérdida incurrida que le permiten las normas mencionadas, además de apartarse del procedimiento indicado legalmente para asignarles un precio en caso de que aquel difiera del 25% del establecido en el comercio.

Que la demandante no estaba obligada a allegar pruebas sobre el valor que le asignó a los bienes enajenados, porque, en caso de desconocerlo, la administración debía fijar uno en los términos de la ley.

La sociedad **CENTELSA** pidió confirmar la sentencia apelada.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A la Sala le corresponde establecer si son nulos los actos administrativos que modificaron la liquidación privada del impuesto sobre la renta del año gravable 1997, presentada por la parte actora.

Para el efecto, conforme con el recurso de apelación, la Sala definirá si es procedente la deducción por pérdida originada en el aporte en especie (establecimiento de comercio) para la constitución de la sociedad VALTEL, por \$4.945.553.703, efectuado por la sociedad demandante.

Según la DIAN, en los actos acusados se rechazó la deducción porque la sociedad actora no suministró prueba alguna que sustentara el valor asignado al establecimiento de comercio que aportó en la constitución de la sociedad VALTEL LTDA.

Asimismo, la DIAN estimó que el artículo 90 del Estatuto Tributario no era aplicable a la deducción rechazada, pues este regula la determinación de la renta bruta en la enajenación de activos, y lo que se presentó en el caso de CENTELSA fue un contrato de constitución de sociedad más no una enajenación (venta) de activos fijos. Que, en consecuencia, no se puede hablar de “pérdida en la venta de un activo”. Precisó que la entidad no cuestionó la viabilidad o procedencia de la entrega del aporte en especie como tal.

PÉRDIDAS FISCALES

En el tema fiscal, las pérdidas procedentes están previstas expresamente en las normas tributarias. La doctrina de la Sección ha clasificado tres categorías de pérdidas fiscales de acuerdo con el ordenamiento tributario, las cuales tienen consecuencias precisas, así:

1. Las pérdidas operacionales, que son aquellas que resultan en el período gravable de los mayores costos y gastos de la actividad productora de renta, frente a los ingresos percibidos en la misma. Estas pérdidas se compensan por regla general con las rentas obtenidas por el contribuyente en los periodos gravables posteriores y están reguladas en el artículo 147 del Estatuto Tributario;
2. Las pérdidas de capital, que son aquellas que se producen sobre activos fijos que sean bienes usados en el negocio o actividad productora de la renta, siempre que hubieren ocurrido por una fuerza mayor durante el año o periodo gravable, según regulación del artículo 148 del Estatuto Tributario y,
3. La pérdida en la enajenación de activos, que se presenta cuando se enajena un bien que hace parte del activo del contribuyente por un valor inferior a su costo fiscal, incluidos los ajustes integrales por inflación que se calcularon hasta el año gravable 2006, según prescribe el artículo 90 del Estatuto Tributario.

El artículo 90 del Estatuto Tributario, vigente para la ocurrencia de los hechos, regula la fórmula para determinar la renta bruta o la pérdida, cuando ésta se deriva de la enajenación de activos.³ Conforme con esa fórmula la renta bruta o la pérdida es igual a la diferencia entre el precio de enajenación y el costo del activo

³ Cuando el artículo 90 *ibídem* alude a la enajenación, se refiere a la acción de “Pasar o transmitir a alguien el dominio de algo o algún otro derecho sobre ello.”³. Y cuando señala que esa enajenación puede hacerse a cualquier título, es evidente que la norma no excluye ningún negocio jurídico que tenga la connotación de transmitir el dominio de los activos.

o activos enajenados. El precio de enajenación, según la misma norma, es igual al valor comercial por el cual se enajena el activo, sea que se reciba en dinero o en especie. El valor comercial, a su vez, prescribe el artículo 90 E.T., es el señalado por las partes. Sin embargo, para que así sea, ese valor no puede diferir notoriamente del valor comercial promedio para bienes de la misma especie en la fecha de enajenación.

Aparte de la estipulación contractual, el citado artículo 90 señala que cuando el valor asignado por las partes difiera notoriamente del valor comercial de los bienes en la fecha de su enajenación, conforme con lo dispuesto en este artículo, el funcionario de fiscalización puede 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. Además, señala que se entiende que el valor asignado por las partes difiere notoriamente del promedio vigente, cuando 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.

Caso concreto

Conforme con los actos acusados, el rechazo de la deducción se originó en el desconocimiento de la pérdida por \$4.945.554.000, generada en el aporte de un establecimiento de comercio (activo diferido), por parte de la demandante, en la constitución de la sociedad VALTEL LTDA. Concretamente, la razón del rechazo fue que la sociedad demandante no aportó prueba alguna que acreditara el valor comercial del activo diferido del establecimiento de comercio por \$10.562.552.339, cuando el costo del mismo, registrado en libros, ascendía a \$15.649.725.217.

Conforme con los antecedentes administrativos que reposan en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- Que la sociedad CENTELSA registró en la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 1997, en el renglón 72 "Otras deducciones", una pérdida por "venta de Otros Activos-Inversión VALTEL S.A." de \$4.945.554.000.

- Que entre las sociedades Siemens Aktiengesellschaft, CEAT GENERAL DE COLOMBIA S.A. (hoy CENTELSA) y Siemens S.A. se suscribió un acuerdo consorcial cuyo objeto era celebrar y ejecutar el contrato que tiene por objeto la instalación, montaje y puesta en funcionamiento del proyecto para la Red de Telecomunicaciones del Valle del Cauca, con la Empresa Regional de Telecomunicaciones del Cauca –ERT-, hasta un total de 50.000 líneas telefónicas, bajo la modalidad de asociación a riesgo compartido. El documento fue suscrito el día 30 de agosto de 1993.

- Que entre la Empresa Regional de Telecomunicaciones del Valle del Cauca S.A. –ERT- y el Consorcio se suscribió un contrato de asociación a riesgo compartido, cuyo objeto era *"regular y establecer las condiciones, derechos, obligaciones, responsabilidades y demás estipulaciones bajo las cuales E.R.T. y EL CONSORCIO desarrollarán conjuntamente a riesgo compartido el proyecto para el desarrollo de la telefonía básica local y de larga distancia en el Departamento del Valle del Cauca, de tal forma que garantice a la ERT la prestación de los servicios de telecomunicaciones de telefonía básica local y de larga distancia con cubrimiento y entre los municipios que en el parágrafo de esta cláusula se precisan, así como de estos para con el resto del país."*

- Que, según el Acta No. 74 de "Reunión Extraordinaria de Asamblea de Accionistas de la Sociedad CENTELSA", de fecha 7 de noviembre de 1997, se autorizó *"(...)al Representante Legal y/o a sus suplentes para efectuar el aporte en especie de los establecimientos de comercio consistentes en las actividades de la división Telenco derivadas de los contratos de asociación con Telecom (Norte de Santander) y ERT a dos sociedades que desarrollarán las actividades que cada establecimiento de comercio ahora realiza. La presente autorización incluye la facultad para realizar todos los actos tendientes a la realización del aporte, la asamblea preliminar, la*

asamblea constitutiva y demás actos que conlleven al cabal logro de la finalidad planteada.”⁴

- Que mediante la escritura pública número 4.173 del 18 de diciembre de 1997⁵, otorgada en la Notaría 32 del Círculo de Bogotá, las sociedades CENTELSA y Sycamore Resources Ltd. constituyeron la sociedad VALTEL LTDA., con un capital de \$900.000.000, dividido en 90.000 cuotas de valor nominal de \$10.000, así:

CENTELSA 87.500 cuotas (97.22%) por \$875.000.000

SYCAMORE LTD 2.500 cuotas (2.78%) por \$25.000.000

- Que el aporte de CENTELSA se realizó en especie representado en el establecimiento de comercio conformado por: *“a) los activos puestos a disposición de la Empresa Regional de Telecomunicaciones del Valle del Cauca S.A., ERT, dentro del contrato de Asociación a Riesgo Compartido celebrado entre dicha entidad y el consorcio conformado por SIEMENS AG-SIEMENS S.A.-CENTELSA, el 30 de agosto de 1993, cuya descripción se hizo en el acta preliminar de socios en la que se aprobó el avalúo del presente aporte en especie; b) el derecho a recibir los ingresos provenientes del contrato de asociación referido en el literal anterior, derecho del que es titular CENTELSA por virtud del Acuerdo Consorcial firmado entre CENTELSA por una parte y SIEMENS AG y SIEMENS S.A. por la otra, suscrito el 30 de agosto de 1993, con el objeto de llevar a cabo y dar cumplimiento al contrato de asociación referido, cuya descripción se hizo en el acta preliminar de socios ya mencionada y c) los pasivos asociados con el desarrollo y ejecución del contrato de asociación que se discriminar en el acta preliminar de socios.”*
- Que en reunión preliminar de la junta de socios de VALTEL LTDA. se avaluó el aporte en especie de CENTELSA así⁶:

⁴ Folios 1074 a 1079 del cuaderno de antecedentes.

⁵ Folios 1083 a 1097 del cuaderno de antecedentes.

⁶ Folio 1082 del cuaderno de antecedentes.

“(a) los activos puestos a disposición de la Empresa Regional de Telecomunicaciones del Valle del Cauca S.A., ERT, dentro del contrato de Asociación a Riesgo Compartido celebrado entre dicha entidad y el consorcio conformado por SIEMENS AG-SIEMENS S.A-CENTELSA, el 30 de agosto de 1993, cuya descripción aparece en el Anexo 1 de esta acta;

(b) el derecho a recibir los ingresos provenientes del contrato de asociación referido en el literal anterior, derecho del que es titular CENTELSA por virtud del Acuerdo Consorcial firmado entre CENTELSA por una parte y SIEMENS AG y SIEMENS S.A. por la otra, suscrito el 30 de agosto de 1993, con el objeto de llevar a cabo y dar cumplimiento al contrato de asociación referido, cuya descripción aparece en el Anexo 1 de esta acta; y

(c) los pasivos asociados con el desarrollo y ejecución del contrato de asociación cuya descripción aparece en el Anexo 1 de esta acta;

(...)

PROPOSICIÓN No. 1

1. Aceptar el avalúo del aporte de CENTELSA en la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$875.000.000).

2. Aceptar como aporte por la cantidad indicada en el numeral anterior y en consecuencia recibirlo a razón de diez mil pesos (\$10.000) por cada cuota.”

- Que el Contador Público de CENTELSA certificó que los bienes y pasivos que se incorporan al establecimiento de comercio, correspondientes al convenio de asociación eran los siguientes:

BIENES Y PASIVOS DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

BIENES

Cuentas por cobrar \$3.229.117.327

Activo diferido	\$10.562.552.339
Total bienes	\$13.791.666.666

PASIVO

Pasivo financiero	\$12.916.666.666
Total pasivo	\$12.916.666.666

- Que la DIAN, en la liquidación oficial acusada, en relación con el rechazo del valor solicitado como deducción de \$4.945.553.703, adujo lo siguiente:

a) Que el aporte en especie del establecimiento de comercio, que realizó CENTELSA en la constitución de la sociedad VALTEL, se califica como una operación de enajenación.

b) Que el bien aportado es un activo fijo, cuya característica es la de no enajenarse de manera habitual dentro del giro de los negocios de CENTELSA.

c) Que la operación de entrega del aporte en especie no fue objeto de cuestionamiento por la División de Fiscalización.

d) Que en el curso de la investigación la DIAN solicitó los soportes de orden interno y externo que sustentaran el avalúo del aporte que CENTELSA efectuó a VALTEL LTDA. Que en virtud de dicha petición, la demandante aportó la escritura pública número 4173 de diciembre 18 de 1997, el certificado de contador público y la nota de contabilidad que reflejaba la operación.

e) Que, para la DIAN, los documentos que aportó CENTELSA no reflejaban el origen del saldo del activo diferido que tomó para calcular el avalúo del aporte.

f) Que en ejercicio de las facultades que la ley le otorga, la DIAN realizó la gestión necesaria para establecer la "verdad real" de la operación. Que, sin embargo, la demandante se limitó a suministrar un escrito que contenía una serie de afirmaciones y justificaciones, sin los comprobantes externos o internos que sustentaran lo requerido.

g) Que la procedencia o improcedencia de la pérdida por enajenación de activos en cuantía de \$4.945.554.000 no podía ser dilucidada mediante la aplicación de los artículos 147 a 156 y 352 del Estatuto Tributario, toda vez que la discusión giró en torno a la pérdida generada en la enajenación de un establecimiento de comercio.

h) Que el rechazo de la pérdida se debió a la falta de información y pruebas, por parte de la demandante, que justificaran el valor comercial que asignó al activo diferido por \$10.562.552.336, tomado como base para calcular el avalúo del aporte en especie efectuado en la sociedad VALTEL LTDA.

i) Que para calcular el avalúo del aporte la demandante tuvo en cuenta un valor de los activos diferidos de \$10.562.552.339, cuando a diciembre 18 de 1997, dichos activos presentaron un saldo en libros de \$15.649.725.217.

j) Que no existió una explicación de porqué se tomó el valor de \$10.562.552.339, que generó una pérdida, cuando, de acuerdo con el saldo en libros, se generaría una utilidad.

- Que en el caso no se analiza la condición de activo fijo del cargo diferido, representado en el establecimiento de comercio que fue aportado en especie por

la parte actora, pues la DIAN no discutió tal situación. Por el contrario, tomó el bien como un activo fijo y afirmó que la operación correspondió a una enajenación.

Del recuento anterior se desprende lo siguiente:

Que la operación que dio origen a la pérdida rechazada fue la enajenación de un activo consistente en el establecimiento de comercio que CENTELSA aportó en la constitución de la sociedad VALTEL S.A., cuyo activo diferido fue avaluado comercialmente por la parte actora en \$10.562.552.339.

Sin embargo, la DIAN consideró que el valor comercial del activo diferido, que hacía parte del establecimiento de comercio aportado por CENTELSA, debió ser igual al costo registrado en libros de contabilidad.

A juicio de la Sala, la exigencia de la DIAN no está prevista en la ley, y, por el contrario, el valor comercial corresponde al valor pactado por las partes libremente, con el límite previsto en el inciso cuarto del artículo 90 del Estatuto Tributario, que señala que dicho valor no debe diferir notoriamente del precio comercial promedio para bienes de la misma especie, en la fecha de su enajenación. Además, el mismo artículo dispone que cuando el valor asignado por las partes **difiera notoriamente** del valor comercial de los bienes en la fecha de su enajenación, el funcionario de fiscalización puede rechazarlo para los efectos impositivos y deberá señalar un precio de enajenación acorde con la naturaleza, condiciones y estado de los activos; atendiendo a los datos estadísticos producidos por la DIAN, por el Departamento Nacional de Estadística, por la Superintendencia de Industria y Comercio, por el Banco de la República u otras entidades afines. Sin embargo, de las pruebas que obran en el expediente se infiere que la DIAN no estableció alguna de estas circunstancias.

Por el contrario, la sociedad demandante aportó una serie de documentos, en los que constaba que CENTELSA y SYCAMORE RESOURCES LTDA., acordaron avaluar el establecimiento de comercio que aportó la primera en la constitución de

la sociedad VALTEL LTDA. en \$875.000.000, cuyos activos ascendían a \$13.791.666.666 y los pasivos a \$12.916.666.666, y que dentro de los activos, el activo diferido estaba avaluado en \$10.562.552.339.

Adicionalmente, en la instancia judicial, la demandante aportó las pruebas que a continuación se relacionan, para acreditar la procedencia y veracidad del valor que asignó a la especie aportada para constituir la sociedad VALTEL, y, en concreto, del valor del activo diferido:

- Declaración testimonial anticipada extraproceso, rendida ante notario por el señor Guillermo López Esquivel, presidente de la sociedad TRANSTEL S.A., que aportó con el fin de demostrar que, unos meses después de efectuado el aporte en especie de los cargos diferidos, la sociedad TRANSTEL S.A., entidad que estaba interesada en adquirir los activos de la sociedad VALTEL LTDA, rechazó, por considerar excesiva, una oferta por valor cercano a los \$10.200.000.000.
- Certificado del Revisor Fiscal de CENTELSA, en el que se hace constar los ingresos del proyecto Valle por el período comprendido entre los años 1995 y 1997.
- Certificado emitido por la firma ARTHUR ANDERSEN que da constancia de los ingresos de VALTEL LTDA. durante los años 1998 y 2000. Asimismo, el cálculo de ingresos y el estudio económico del contrato suscrito con la ERT, en el que se detallan los ingresos proyectados al momento de suscribir el contrato de riesgo compartido.
- Documento emitido por la Comisión Nacional de Regulación de Telecomunicaciones, en el que se muestran los índices anteriores pero respecto de los hechos ocurridos entre los años 1994 y 2004, así como fotocopia del acta del comité financiero conformado por funcionarios de la ERT y del consorcio, del 10 de julio de 1998, que indica cuál había sido el repago de la inversión a diciembre 31 de 1997.

- Copia del certificado emitido por el contador público de CENTELSA, en el que consta el costo de los pasivos que estaba financiando la participación de CENTELSA en el contrato de riesgo compartido con la ERT a diciembre de 1997.
- Certificado del revisor fiscal de CENTELSA, en el que se hace constar el costo histórico del cargo diferido y el mayor valor originado por los ajustes por inflación efectuados a dicho activo y la capitalización de los gastos financieros correspondientes a los pasivos financieros asociados al proyecto, a diciembre 31 de 1997.
- Dictamen de la firma ARTHUR ANDERSEN respecto de la metodología utilizada en la discriminación de los saldos de las cuentas que componen el cargo diferido a diciembre de 1997, aportado a VALTEL, con base en la información acreditada por el revisor fiscal de CENTELSA, discriminada por el contador público de la misma. La estimación del cargo diferido ascendió a \$9.769.442.988.
- Avalúo técnico realizado por la firma ESTRATEGIAS CORPORATIVAS MERCHANT BANKING LTDA., dirigido a CENTELSA, mediante el cual se efectuó una valoración al 31 de diciembre de 1997 de la participación de CENTELSA en la operación del contrato de riesgo compartido con la ERT, conformada por el total de los activos aportados para la constitución de VALTEL LTDA.

Las anteriores pruebas no fueron controvertidas por la DIAN.

Según la sociedad demandante, las pruebas relacionadas anteriormente, se aportaron con el fin de probar los siguientes hechos:

“(...) CENTELSA empleó el método de valoración denominado “flujo de caja libre operativo descontado” con el fin de establecer el valor comercial del establecimiento de comercio que incluía el cargo diferido.

Para aplicar el anterior método se parte de hechos conocidos y se proyecta la variación de los mismos durante la ejecución futura del proyecto vinculado al

establecimiento de comercio, con el fin de establecer el flujo que reportará su participación en el proyecto de riesgo compartido y, por ende, la posibilidad de retorno de la inversión efectuada.

Mediante estas pruebas se acredita que tanto los "hechos conocidos" en 1997 como los "supuestos" de variación de los mismos esperados para los siguientes ejercicios (1997 en adelante), que CENTELSA consideró para la aplicación del método, se ajustan enteramente a la realidad económica del proyecto, permitiendo afirmar que el valor comercial asignado al establecimiento de comercio, incluido el cargo diferido, fue real.

(...)

Cuando CENTELSA optó por separar la operación de la ERT, mediante el aporte de los activos operativos adscritos al Contrato de Riesgo Compartido para la constitución de VALTEL, a fin de cumplir con lo preceptuado en el artículo 29 del Estatuto Tributario, se limitó a hacer el ejercicio financiero de valorar tal activo por el método de flujo de caja libre operativo descontado a valor presente. Considerando las variables esperadas en el año de 1997 y acorde con la recuperación lograda en los dos primeros años de desarrollo del proyecto, se llegó al valor de \$13.791 millones.

En atención a que la suma de \$13.791 millones correspondía al valor total del establecimiento de comercio, se procedió a distribuir tal valor respecto de cada uno de los activos que lo conformaban. Así pues, las cuentas por cobrar del contrato, representadas por su valor en libros, correspondían a un valor de \$3.229 millones. El remanente, correspondiente a \$10.562 millones se le asignó a los cargos transferidos a VALTEL.

(...)

En la valoración efectuada por la firma VALOR DE ESTRATEGIAS CORPORATIVAS que se aporta (anexo 13) se hace un análisis del valor del establecimiento de comercio de propiedad de VALTEL a diciembre de 1997 (considerando las variables hoy conocidas y los flujos reales de los años 1998 a 2000). En la valoración se obtiene que independientemente del escenario de ventas considerado, con una tasa de descuento o costo del capital del 28%, el valor de la operación de Centelsa en el Contrato de Riesgo Compartido no es superior a \$12.982 millones. Lo usual en las negociaciones es adoptar el escenario base (\$10.353 millones) como escenario más probable. A partir de dicho valor, tomado como precio del establecimiento de comercio, el valor de mercado para el cargo diferido en 1997 asciende a \$7.099 millones (restando el valor de la cartera y el efectivo aportado en la constitución de VALTEL). Dicho valor es inferior al del aporte efectuado en 1997, lo cual confirma la realidad del deterioro adicional que ha venido

sufriendo esta actividad, contra las expectativas que para ese año la administración de CENTELSA tenía.”

En ese orden, la DIAN no contó con elementos de juicio válidos para rechazar la pérdida que generó el aporte del establecimiento de comercio en la constitución de la sociedad VALTEL LTDA, y sólo se limitó a ajustar el precio de enajenación a partir del costo de los mismos registrado en los libros contables de CENTELSA, sin demostrar que el valor comercial que ésta última asignó al establecimiento de comercio estaba por debajo de los límites señalados en el artículo 90 del E.T., disposición que regulaba la pérdida discutida.

Finalmente, la Sala considera que no procedía el rechazo de la pérdida con fundamento en el artículo 151 del Estatuto Tributario⁷ porque el supuesto que consagra la norma es para transacciones entre *“una sociedad u otra entidad asimilada y personas naturales o sucesiones ilíquidas que sean económicamente vinculadas a la sociedad o entidad”*. En este caso, la transacción tuvo lugar entre dos sociedades. Tampoco procede el rechazo con fundamento en el artículo 352 del E.T., puesto que fue la misma DIAN la que, en el acto acusado, descartó la aplicación de esta disposición.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la DIAN no demostró que la actora estuviera en alguno de los supuestos previstos en el artículo 90 del Estatuto Tributario, que justificara desconocer el precio de enajenación del establecimiento de comercio que aportó para la constitución de la sociedad VALTEL LTDA., y que, además, no desvirtuó las pruebas que aportó la demandante para justificar el precio del aporte, el rechazo de la pérdida originada en tal operación no tiene fundamento jurídico válido. En consecuencia, no prospera el recurso de apelación y se confirma la sentencia apelada.

⁷ ARTICULO 151. NO SON DEDUCIBLES LAS PÉRDIDAS, POR ENAJENACIÓN DE ACTIVOS A VINCULADOS ECONOMICOS. <Fuente original compilada: D. 2053/74 Art. 66> No se aceptan pérdidas por enajenación de activos fijos o movibles, cuando la respectiva transacción tenga lugar entre una sociedad u otra entidad asimilada y personas naturales o sucesiones ilíquidas, que sean económicamente vinculadas a la sociedad o entidad.

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

F A L L A:

1. CONFÍRMASE la sentencia apelada, por las razones esgrimidas en la parte considerativa de esta providencia.

2. RECONÓCESE personería para actuar en representación de la U.A.E. DIAN al abogado Antonio Granados Cardona, en los términos del poder que le fue otorgado.

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Presidente de la Sala

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

