

EXPENSAS NECESARIAS – Debe analizarse con criterio comercial / PERDIDAS FISCALES – Categorías / PERDIDAS OPERACIONALES – Concepto / PERDIDAS DE CAPITAL – Concepto / PERDIDAS EN LA ENAJENACION DE ACTIVOS – Concepto / PERDIDAS O DISMINUCION DE INVENTARIOS – Concepto / PERDIDAS AMORTIZABLES Y DEDUCIBLES – Diferencias con las expensas necesarias / EXPENSAS NECESARIAS – Los requisitos no se aplica a las pérdidas fiscales

En diversas oportunidades la Sala se ha pronunciado sobre el alcance del artículo 107, que regula lo relativo a las expensas necesarias, las que deben determinarse con criterio comercial, atendiendo a los presupuestos de necesidad y proporcionalidad. En relación con las pérdidas fiscales la jurisprudencia ha establecido las siguientes categorías de acuerdo con el ordenamiento tributario, las cuales tienen consecuencias fiscales precisas. 1. Las pérdidas operacionales son las que resultan en el período gravable de los mayores costos y gastos de la actividad productora de renta, frente a los ingresos percibidos en la misma. Estas pérdidas se compensan por regla general con las rentas obtenidas por el contribuyente en los períodos gravables posteriores y están reguladas en el artículo 147 del E.T. 2. Las pérdidas de capital son las que se producen sobre bienes usados en el negocio o actividad productora de la renta, siempre que hubieren ocurrido por fuerza mayor durante el año o período gravable, según regulación del artículo 148 del E.T. 3. Las pérdidas en la enajenación de activos, que se presenta cuando se vende un bien que hace parte del activo del contribuyente, por un valor inferior a su costo fiscal, según prescribe el artículo 90 del E.T. Para este fin, deben excluirse del costo fiscal, los ajustes a que se refieren los artículos 73, 90-2 y 868 del Estatuto Tributario. Así mismo, deben atenderse los límites consagrados en los artículos 149 y siguientes. 4. Las pérdidas o disminuciones de inventarios, cuando se trate de mercancías de fácil destrucción o pérdida, o cuando dicha pérdida ocurra por hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, o por orden de autoridad competente, tal como lo disponen los artículos 62 y siguientes del Estatuto Tributario. También la jurisprudencia ha distinguido entre las expensas necesarias, reguladas en el artículo 107 del E.T., y las pérdidas amortizables o deducibles, reguladas en los artículos 147 y siguientes del E.T., al señalar que ... “De otra parte, debe precisarse que las “pérdidas” deducibles no constituyen gastos 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 sólo procede en los casos expresamente autorizados por el legislador”. Apoyada en los pronunciamientos antes reseñados, reitera la Sala que los principios consagrados en el artículo 107 del Estatuto Tributario, no le son aplicables a las pérdidas amortizables o deducibles.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 107 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 147

PERDIDAS POR SINIESTROS – Procede su deducción / BIENES USADOS EN EL NEGOCIO - Definición / PATRIMONIO BRUTO - Está constituido por el total de bienes y derechos apreciables en dinero / DERECHOS APRECIABLES EN DINERO – Reales y personales. Hacen parte del activo / ENTIDAD FINANCIERA – Hace parte de su activo los bienes apreciables en dinero / PERDIDAS NETAS – Son deducibles cuando ocurren por fuerza mayor / INDEMNIZACIONES – Cuando son recibidas en años posteriores se contabilizan como recuperación de deducciones

Las pérdidas sufridas en bienes generadores de renta (salvo que se trate de activos movibles cuyas pérdidas ya se hayan reflejado en el juego de inventarios), luego de descontadas las indemnizaciones recibidas, proceden cuando, una vez surtido el proceso de depuración ordinaria se determina una renta líquida, contra la cual las pérdidas puedan deducirse hasta concurrencia de dichas rentas. Si la renta líquida del año no es suficiente, el saldo se difiere para deducirlo dentro de los cinco períodos siguientes. En todo caso, dicha deducción no es procedente cuando la renta líquida determinada por el sistema de renta ordinaria no sea suficiente, o su amortización genere una pérdida, siendo procedente, en estos casos, diferirla en los cinco períodos siguientes. Los bienes usados en el negocio o actividad productora de renta son el conjunto de activos que intervienen de una manera directa en su generación, definidos por la normativa contable. El artículo 261 del ET establece que el patrimonio bruto está constituido por el total de bienes y derechos apreciables en dinero; entendiéndose como derechos apreciables en dinero, en los términos del artículo 262 ib, “los reales y personales, en cuanto sean susceptibles de ser utilizados en cualquier forma para la obtención de la renta”. El mero hecho de estar disponibles en forma inmediata, no cambia dicho carácter. De lo anterior se establece que el disponible hace parte del activo, y como tal, particularmente en este caso, tratándose de una entidad financiera, es un bien usado en el negocio o actividad generadora de renta. Para rematar este análisis la Sala concluye que son deducibles las pérdidas netas, ocurridas por fuerza mayor, sobre los activos usados en el negocio o actividad generadora de renta, restando previamente las depreciaciones, amortizaciones, cuando sea del caso, y la indemnización recibida dentro del mismo período gravable. Las indemnizaciones recibidas en años posteriores deben tratarse como recuperación de deducciones. En todo caso, dicha deducción procede hasta concurrencia de las otras rentas. En aras de la lealtad procesal la Sala no hará ningún pronunciamiento en relación con los hechos constitutivos de fuerza mayor alegados por el actor, que la demandada no ha desvirtuado, ya que guardó silencio al respecto, y, por tanto, se dará crédito a los argumentos del actor que son razonables. En el caso analizado, la sociedad ha reportado una renta líquida de cero, luego de deducidas las pérdidas sufridas por siniestros, es decir, con ello no ha generado nuevas pérdidas; vistas así las cosas, el cargo prospera.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 261 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 262

PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA – Debe existir correspondencia entre el requerimiento especial y la liquidación oficial de revisión

Según el artículo 711 del E.T. debe existir correspondencia entre la declaración, el requerimiento y la liquidación de revisión, de tal manera que el contribuyente no puede ser sorprendido en la liquidación de revisión con hechos que no hubieren sido planteados en el requerimiento especial o en su ampliación si la hubo. Para la Sala, tanto el requerimiento especial como la liquidación oficial deben ser motivados, pues si la autoridad tributaria rechaza la liquidación privada presentada por el contribuyente, debe poner en conocimiento de éste los motivos de desacuerdo, para permitirle ejercer su derecho de contradicción. La explicación de los hechos y razones de la decisión de rechazo garantizan el derecho de defensa y de audiencia del contribuyente. En este caso, a juicio de la Sala, del análisis de los motivos expuestos por la DIAN en el requerimiento especial, en la liquidación de revisión y en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración se desprende que no existe la alegada falta de correspondencia, pues guardan precisa relación con el rechazo de la deducción por auxilio educativo. En efecto, en el requerimiento especial y en la liquidación oficial, el rechazo se sustentó en el

artículo 107 del E.T., y en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración se mejoraron los argumentos, adicionando como fundamento para rechazar tales deducciones el artículo 108 ib; y no se trata de un hecho nuevo, sino de una condición especial, plasmada en el inciso final del artículo 107 ejusdem. Aquí se trata de integración normativa. Así pues, para la Sala el argumento para no aceptar la deducción por auxilio educativo fue el mismo tanto en el requerimiento y la liquidación oficial como en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración y, por tanto, el cargo de falta de correspondencia no está llamado a prosperar.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 711 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 107 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 108

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO

Bogotá, D.C., catorce (14) de octubre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-27-000-2006-00763-01(17031)

Actor: BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA S.A.

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

FALLO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 15 de noviembre de 2007 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "A", que dispuso:

PRIMERO. *Declara la nulidad parcial de la liquidación oficial de revisión No. 310642004000254 del 21 de diciembre de 2004 y de la resolución No. 310662005000091 del 5 de diciembre de 2005, proferidas por las Divisiones de Liquidación y Jurídica Tributaria de la Administración Especial de Impuestos de los Grandes Contribuyentes de Bogotá.*

SEGUNDO. *Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento de derecho, téngase como liquidación del impuesto de renta del año gravable 2000 (sic), de la sociedad BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA S.A. ANTES CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA COLPATRIA – UPAC., la inserta en la parte motiva de esta providencia.*

TERCERO: *No se condena en costas como lo prevé el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo por cuanto la*

conducta de las partes no lo amerita, de conformidad con el numeral 8º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil”.

[...]

ANTECEDENTES

El BANCO COLPATRIA presentó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios por el año gravable 2002 el 10 de abril de 2003. Determinó una renta líquida de cero, una renta presuntiva de \$ 16.773.698.000 y un saldo a favor de \$ 5.312.878.000.

Previa solicitud, el día 18 de junio de 2003 la Administración Tributaria ordenó la devolución del saldo a favor.

En ejercicio de sus facultades de fiscalización, el 29 de marzo de 2004 la DIAN profirió el Requerimiento Especial No. 310632004000218, por medio del cual propuso modificar la liquidación privada en el sentido de rechazar las pérdidas por asaltos bancarios, fraudes con tarjetas y en cajeros automáticos por valor de \$ 2.004.777.000. Igualmente propuso el rechazo de \$ 72.800.000 de auxilios educativos.

El BANCO COLPATRIA dio respuesta oportuna el 30 de junio de 2004, y manifestó su oposición a las modificaciones propuestas por la Administración.

El 2 de septiembre de 2004 la Administración de Impuestos profirió Liquidación Oficial de Corrección No. 310642004000161, previa solicitud del BANCO COLPATRIA, en la que se determinó un saldo a favor de \$ 6.235.910.000.

El 21 de diciembre de 2004 la División de Liquidación profirió Liquidación Oficial de Revisión No. 310642004000254¹, rechazó las deducciones propuestas en el requerimiento especial, determinó una renta líquida de \$ 2.077.577.000, y confirmó el saldo a favor de \$ 6.235.910.000.

Interpuesto el recurso de reconsideración², la DIAN confirmó lo actuado mediante Resolución No. 310662005000091³ del 5 de diciembre de 2004, notificada personalmente el 13 de diciembre de 2005, quedando agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El BANCO COLPATRIA presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, según lo previsto en el artículo 85 del C.C.A., contra los actos administrativos mediante los cuales la DIAN modificó su declaración de renta y complementarios por el año gravable 2002.

Invocó como violados los artículos 107, 108, 148 y 711 del Estatuto Tributario. Como concepto de violación expuso lo siguiente:

Deducción por pérdidas (\$2.004.777.000).

¹ Fls 18 al 37

² Fls 38 al 46

³ Fls 47 al 67

El rechazo de esta deducción lo fundamentó la Administración Tributaria en el artículo 107 del E.T. De su simple lectura se deduce, sin el menor esfuerzo, que la norma se refiere a las deducciones por expensas realizadas, y no a pérdidas sufridas en el desarrollo de las actividades sometidas al impuesto de renta, por lo que esta disposición fue violada por aplicación indebida.

La norma que regula la deducción de las pérdidas es el artículo 148 del E.T., según esa norma la deducción está supeditada a los siguientes requisitos:

- a) Que la pérdida se refiera a bienes usados en la actividad productora de renta.
- b) Que la pérdida ocurra por fuerza mayor, y
- c) Que no haya sido cubierta por seguros o indemnizaciones.

Para el actor se cumplen todos los requisitos del artículo 148 ib, por cuanto los dineros que perdió el banco son bienes utilizados en el desarrollo de su objeto social, y los asaltos y defraudaciones son hechos constitutivos de fuerza mayor por ser imprevisibles e irresistibles, tal como lo expone la ley civil. De esta forma queda demostrada la violación del artículo 148 *ejusdem* por falta de aplicación.

Deducción de auxilios educativos (\$72.800.000).

En el requerimiento especial y en la liquidación oficial de revisión la DIAN fundamentó sus argumentos de rechazo en el incumplimiento de los requisitos del artículo 107 del E.T., relación de causalidad con la actividad productora de renta, y los requisitos de necesidad y proporcionalidad de la deducción.

No obstante, al momento de resolver el recurso de reconsideración no invocó el artículo 107, y cambió su argumentación por la del artículo 108 ib, falta del pago de aportes parafiscales, lo que constituye una violación del artículo 711 del E.T., por falta de correspondencia entre la declaración, el requerimiento y la liquidación de revisión.

OPOSICIÓN

La demandada se opuso a las pretensiones, con fundamento en los siguientes argumentos:

Deducción por pérdidas (\$2.004.777.000).

A su juicio, la DIAN dio correcta aplicación al artículo 107, con fundamento en la doctrina oficial de la entidad, plasmada en el concepto 08240 del 7 de febrero de 2001, que hace referencia al principio de necesidad, visto con criterio comercial, es decir, el comunmente utilizado por personas que se encuentran dentro de las mismas circunstancias.

Igualmente, hizo referencia a la sentencia de mayo 15 de 1999 exp. 9387, en cuanto manifestó que "... *El requisito de necesidad del gasto debe establecerse en relación con el ingreso y no con la actividad que lo genera*".

Deducción de auxilios educativos (\$72.800.000).

Se trata de un gasto que no es expensa necesaria, ni cumple con los requisitos de causalidad con la actividad productora de renta y, por ende, con el de necesidad y proporcionalidad de la deducción.

Luego de transcribir los artículos 127, 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo dijo que los auxilios educativos que incluyó en el renglón 44 de la declaración de renta son pagos pactados como salario en especie y, por tanto, deben cumplir con los requisitos del artículo 108 del E.T., en lo referente al pago de aportes parafiscales como requisito para su deducibilidad.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "A" declaró la nulidad parcial de los actos administrativos demandados y, como restablecimiento de derecho, profirió una nueva liquidación del impuesto de renta y complementarios para el año gravable 2002.

Sostuvo el Tribunal que el artículo 148 del E.T. se aplica sólo a la pérdida de activos fijos usados en la actividad productora de renta, y como el mismo actor lo manifiesta, se trata de la pérdida de activos movibles.

En cuanto a la deducción por auxilios educativos prospera el cargo por cuanto la Administración Tributaria violó lo dispuesto en el artículo 711 del E.T. por haber variado los argumentos al momento de resolver el recurso de reconsideración.

RECURSOS DE APELACIÓN

No conformes con el fallo, las partes interpusieron sendos recursos de apelación.

La **demandada** fundamentó el recurso de apelación interpuesto en los siguientes términos:

Insistió en que debe mantenerse el rechazo de la deducción de auxilios educativos por cuanto fueron incluidos en el renglón 44 de la declaración de renta y, por tanto, se entiende que dichos pagos fueron pactados como salario en especie, razón por la cual era necesario acreditar el pago de los aportes parafiscales.

La **demandante** fundamentó el recurso de apelación interpuesto en los siguientes términos:

Manifestó su desacuerdo con la apreciación del Tribunal en cuanto al alcance del artículo 148 del E.T. Insistió en que la deducción por pérdidas no se limita a los activos fijos, y amplía sus argumentos citando al tratadista Jesús Orlando Corredor Alejo, en su libro EL IMPUESTO DE RENTA EN COLOMBIA, para corroborar su tesis.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte actora** reiteró los fundamentos expuestos en la apelación y en la demanda.

La **demandada** insistió en los argumentos de la apelación.

El **Ministerio Público** no conceptuó en esta oportunidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De acuerdo con los recursos de apelación interpuestos por las partes, corresponde a la Sala decidir sobre la legalidad de la actuación administrativa mediante la cual la Administración Tributaria modificó la liquidación privada del impuesto de renta y complementarios del año gravable 2002 presentada por la sociedad actora.

En concreto la Sala deberá pronunciarse sobre: (i) la procedencia de la deducción por pérdidas de dinero originadas en asaltos bancarios y fraudes con tarjetas débito y crédito y en cajeros automáticos, y (ii) la procedencia de la deducción por concepto de pago de auxilios educativos.

Deducción por pérdidas (\$2.004.777.000).

La actora solicitó la siguiente deducción por pérdidas en su denuncia rentística del año gravable 2002, rechazada por la DIAN.

CUENTA	CONCEPTO	VALOR
521735	Pérdida por siniestros, efectivo y canje	1.635.534.000
521795	Pérdida en otros activos (siniestros en tarjetas visa, master, débito y cajeros automáticos) - Gastos no operacionales	369.243.000
	TOTAL A DESCONOCER	2.004.777.000

Manifestó la Administración al momento de proferir liquidación oficial de revisión que... *“No es deducible la pérdida de efectivo y canje, generadas por atracos a mano armada ejecutados por delincuencia común, así como tampoco lo es la pérdida correspondiente a fraudes y siniestros en tarjetas y cajeros automáticos (clonación y adulteración de tarjetas crédito y débito) por no constituir expensa necesaria para la producción de la renta; por el contrario, se aparta de los argumentos expuestos por la actora, quien bajo una interpretación acomodada aduce armonía con los presupuestos generales de las deducciones para justificar su deducción”*⁴.

Apoyó sus argumentos la DIAN en la Doctrina Oficial contenida en el Concepto Unificado del Impuesto sobre la Renta No. 01 de 1982, al establecer, como condición para aceptar las deducciones, el cumplimiento de los presupuestos esenciales de causalidad, necesidad y proporcionalidad.

Por su parte, el actor ha manifestado frente a la administración tributaria y ahora ante la jurisdicción, que el artículo 107 del E.T. no es el aplicable al caso concreto, porque existe norma expresa que regula la deducción por pérdida de activos, el artículo 148 ib.

Afirmó que la deducción por pérdidas está supeditada a tres requisitos básicos: a) que la pérdida se refiera a bienes usados en la actividad productora de renta, b) que la pérdida ocurra por fuerza mayor, y c) que esas pérdidas no hayan sido cubiertas por seguros o indemnizaciones recibidas. Requisitos que, a su juicio, se cumplen en este caso por cuanto: (i) los dineros perdidos son bienes utilizados en desarrollo de la actividad productora de renta del Banco, (ii) los asaltos y defraudaciones son hechos constitutivos de fuerza mayor al reunir los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad, de que trata la ley civil, y (iii) las deducciones solicitadas corresponden a la parte no cubierta por las aseguradoras.

⁴ FI 26 c.ppal

El a-quo rechazó el cargo al considerar que “Como quiera que los bienes perdidos, no son activos fijos para el contribuyente, dicha norma⁵ no es aplicable, para efectos de sustentar la admisibilidad de la deducción, razón por la cual el cargo no se encuentra llamado a prosperar”.

Dentro del anterior contexto la Sala abordará el estudio del caso concreto, para determinar cuál es la norma aplicable a la deducción por pérdidas de activos: el Art. 107, como lo manifestó la Administración, o el Art. 148, como lo ha sostenido la actora.

ARTICULO 107. LAS EXPENSAS NECESARIAS SON DEDUCIBLES. <Fuente original compilada: D. 2053/74 Art. 45>
Son deducibles las expensas realizadas durante el año o período gravable en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta, siempre que tengan relación de causalidad con las actividades productoras de renta y que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad.

La necesidad y proporcionalidad de las expensas debe determinarse con criterio comercial, teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas en cada actividad y las limitaciones establecidas en los artículos siguientes.

En diversas oportunidades la Sala se ha pronunciado sobre el alcance del artículo 107, que regula lo relativo a las expensas necesarias, las que deben determinarse con criterio comercial, atendiendo a los presupuestos de necesidad y proporcionalidad. En sentencia de mayo de 2010, exp. 16557⁶, manifestó:

Las expensas necesarias corresponden a los gastos que se generan de manera forzosa en la actividad productora de renta. Sin estos no se puede obtener la renta. Son indispensables, aunque no sean permanentes sino esporádicos. Lo esencial es que el gasto sea “normalmente acostumbrado en cada actividad”. Entonces, se excluyen los gastos simplemente suntuarios, innecesarios o superfluos y los puramente útiles o convenientes⁷.

Por su parte, **la relación de causalidad** significa que los gastos, erogaciones o salida de recursos del contribuyente guarden relación de causa-efecto, con la actividad generadora de renta de este. El vínculo o correspondencia debe establecerse entre la expensa (costo o gasto) y la actividad que se desarrolla (el objeto social principal o secundario), que es la que produce la renta del contribuyente, de tal manera que sin la expensa no es posible obtenerla⁸.

⁵ FI 169 c. ppal, se refiere al Art. 148 E.T.

⁶ Exp. 16557, Marzo de 2010 C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia

⁷ Sentencia de 12 de mayo de 2005, Exp. 13614, C.P. Dr. Héctor J. Romero Díaz.

⁸ Entre otras, ver sentencias de 25 de septiembre de 1998, exp. 9018, C.P. Delio Gómez Leyva; de 13 de octubre del 2005, exp. 13631, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié; de 2 de agosto del 2006, exp. 14549, C.P. Ligia López Díaz; de 12 de diciembre del 2007, exp. 15856, C.P. María Inés Ortiz Barbosa; de 24 de julio del 2008, exp. 16302, C.P. Ligia López Díaz; de 1 de octubre del 2009, exp. 16286 C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Y, la **proporcionalidad** del gasto atiende a la magnitud que las erogaciones representan dentro del total de la renta bruta (utilidad bruta). Debe medirse en cada caso, según la actividad económica que se lleve a cabo y la costumbre comercial para el sector. Así, el rigor normativo cede ante los gastos reiterados, uniformes y comunes que se realicen, sin perjuicio de la causalidad y necesidad que también deben concurrir⁹.

Por su parte, el artículo 148 del Estatuto Tributario señala:

ARTICULO 148. DEDUCCIÓN POR PÉRDIDAS DE ACTIVOS.

<Fuente original compilada: D. 2053/74 Art. 62> Son deducibles las pérdidas sufridas durante el año o período gravable, concernientes a los bienes usados en el negocio o actividad productora de renta y ocurridas por fuerza mayor.

El valor de la pérdida, cuando se trate de bienes depreciados, es el que resulte de restar las depreciaciones, amortizaciones y pérdidas parciales concedidas, de la suma del costo de adquisición y el de las mejoras. La pérdida se disminuye en el valor de las compensaciones por seguros y similares, cuando la indemnización se recibe dentro del mismo año o período gravable en el cual se produjo la pérdida. Las compensaciones recibidas con posterioridad están sujetas al sistema de recuperación de deducciones.

Cuando el valor total de la pérdida de los bienes, o parte de ella, no pueda deducirse en el año en que se sufra, por carencia o insuficiencia de otras rentas, el saldo se difiere para deducirlo en los cinco períodos siguientes. En caso de liquidación de sociedades o sucesiones, el saldo de la pérdida diferida es deducible en su totalidad, en el año de la liquidación.

No son deducibles las pérdidas en bienes del activo movable que se han reflejado en el juego de inventarios.

En relación con las pérdidas fiscales la jurisprudencia ha establecido las siguientes categorías de acuerdo con el ordenamiento tributario, las cuales tienen consecuencias fiscales precisas¹⁰.

1. Las *pérdidas operacionales* son las que resultan en el período gravable de los mayores costos y gastos de la actividad productora de renta, frente a los ingresos percibidos en la misma. Estas pérdidas se compensan por regla general con las rentas obtenidas por el contribuyente en los períodos gravables posteriores y están reguladas en el artículo 147 del E.T.

2. Las *pérdidas de capital* son las que se producen sobre bienes usados en el negocio o actividad productora de la renta, siempre que hubieren ocurrido por fuerza mayor durante el año o período gravable, según regulación del artículo 148 del E.T.

⁹ Sentencia de 1 de octubre del 2009, exp. 16286. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencias de 20 de enero de 1984, exp. 8930, M.P. Enrique Low Murtra; de 8 de noviembre de 1991, exp. 045, M.P. Consuelo Sarriá Olcos, de 11 de marzo de 2004, exp. 13542, M.P. Germán Ayala Mantilla y del 16 de junio de 2005, exp. 14633, M.P. Ligia López Díaz.

3. Las *pérdidas en la enajenación de activos*, que se presenta cuando se vende un bien que hace parte del activo del contribuyente, por un valor inferior a su costo fiscal, según prescribe el artículo 90 del E.T. Para este fin, deben excluirse del costo fiscal, los ajustes a que se refieren los artículos 73, 90-2 y 868 del Estatuto Tributario. Así mismo, deben atenderse los límites consagrados en los artículos 149 y siguientes.

4. Las *pérdidas o disminuciones de inventarios*, cuando se trate de mercancías de fácil destrucción o pérdida, o cuando dicha pérdida ocurra por hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, o por orden de autoridad competente¹¹, tal como lo disponen los artículos 62 y siguientes del Estatuto Tributario.

También la jurisprudencia ha distinguido entre las expensas necesarias, reguladas en el artículo 107 del E.T., y las pérdidas amortizables o deducibles, reguladas en los artículos 147 y siguientes del E.T., al señalar que¹² ... *“De otra parte, debe precisarse que las “pérdidas” deducibles no constituyen gastos 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 sólo procede en los casos expresamente autorizados por el legislador”.*

Apoyada en los pronunciamientos antes reseñados, reitera la Sala que los principios consagrados en el artículo 107 del Estatuto Tributario, no le son aplicables a las pérdidas amortizables o deducibles.

En el caso concreto, en los folios 111 al 132 del c.ppal obra dictamen pericial, oportunamente obtenido dentro del proceso a instancias de la actora, en el cual se resolvieron los siguientes interrogantes:

- a) *Sírvase el señor perito hacer una relación de las pérdidas por siniestros efectivos y canje, que fueron contabilizadas durante el año 2002 en la cuenta 521735, expresando en cada caso:*
 - *Fecha del suceso.*
 - *La descripción breve del hecho correspondiente.*
 - *El tipo de prueba en que se soporta el hecho causante de la pérdida.*
 - *El autor en caso de que sea conocido.*
 - *El valor total de la pérdida*
 - *El valor de la pérdida no cubierta por el seguro*

- b) *Sírvase el señor perito hacer una relación de las pérdidas por siniestros en tarjetas Visa, Master y débito así como en cajeros automáticos, que fueron contabilizadas durante el año 2002 en la cuenta 521795, indicando para cada caso:*
 - *Fecha del suceso.*
 - *La descripción breve del hecho correspondiente.*
 - *El tipo de prueba en que se soporta el hecho causante de la pérdida.*

¹¹ Ver entre otras sentencias: Exp. 15960, 7 de febrero de 2008 CP Héctor J Romero Díaz; Exp. 15032 de septiembre 25 de 2006 CP María Inés Ortiz Barbosa; Exp. 16719 de febrero 4 de 2010 CP Martha Teresa Briceño de Valencia.

¹² Exp. 13937, octubre de 2005 CP Juan Ángel Palacio Hincapié

- El autor en caso de que sea conocido.
- El valor total de la pérdida
- El valor de la pérdida no cubierta por el seguro

El peritaje arrojó esta conclusión:

“10. CONCLUSIÓN PERICIAL DE LAS PRUEBAS CONTABLES COMPARADAS CON LAS DEDUCCIONES POR PÉRDIDAS DE DINERO DEL BANCO COLPATRIA –RED MULTIBANCA COLPATRIA S.A., Y DIAN DEL AÑO GRAVABLE 2002.

A continuación, se relacionan (sic) el siguiente cuadro por subcuentas por las pérdidas de dinero establecidas en la pericia, cuyo valor es igual al gasto por el mismo concepto registrado contablemente en el año gravable 2002.

BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA S.A. PÉRDIDA POR SINIESTROS AÑO GRAVABLE 2002 Cuenta contable: Resumen				
Cantid. De Sucesos	Cuenta Contable	Descripción del hecho	Valor de la pérdida	% Partic.
36	521735010	* EFECTIVO Y CANJE	1.186.239.660	59,17%
320	521735010	EFECTIVO Y CANJE	449.294.777	22,41%
356		Vr CUENTA 521735	1.635.534.437	81,58%
224	521795010	TARJ. CRÉDITO MASTER	324.054.737	16,16%
145	521795010	TARJ. CRÉDITO VISA	22.564.616	1,13%
58	521795030	TARJETA DÉBITO	22.623.394	1,13%
427		Vr CUENTAS 521795	369.242.746	18,42%
783		TOTAL CUENTAS	2.004.777.183	100%

* con Anexos equivalentes al 59,17% de la cuenta total.

En cuanto a las pérdidas no cubiertas por el seguro, lo que corresponde a la pregunta final de los literales a) y b) del cuestionario, afirmó el perito:

“El valor de las pérdidas del efectivo no cubierta por el seguro, corresponde a la misma pérdida registrada en los libros por la suma de \$ 1.635.534.437: esto es acorde con la certificación expedida por la aseguradora CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., en la que informa que ellos no efectuaron pagos por conceptos de esos siniestros¹³”

“Con relación al valor de la pérdida de dinero no pagada por la Aseguradora es el mismo a la (sic) registrada en la cuenta contable y la deducción solicitada del dinero perdido por la suma de \$ 369.242.746.31.

¹³ FI 125 cppal

Esto es conforme a lo expresado en las certificaciones de la Aseguradora, que en el período del 27 de abril de 2001, al 27 de abril de 2006, “no se efectuó ningún pago por concepto de indemnizaciones¹⁴”

Así las cosas, queda probado el monto total de las pérdidas solicitadas como deducción por parte del actor, que no han sido indemnizadas.

En un caso similar, relacionado con pérdidas por siniestros, la Sala hizo el siguiente pronunciamiento¹⁵:

“Para que proceda la deducción por pérdida de activos a que se refiere la norma parcialmente transcrita¹⁶, se requiere que esa pérdida ocurra sobre los bienes usados en el negocio o actividad productora de renta gravable, por lo que no puede deducirse la pérdida de activos no vinculados a la producción de renta, y que las pérdidas ocurran por fuerza mayor [...]

Las pérdidas de activos tienen un carácter especial frente a las deducciones generales del artículo 107 del Estatuto Tributario. Son deducibles por vía de compensación frente a la renta líquida y, por ende, no pueden generar nuevas pérdidas. Según el artículo en mención, en caso de que la renta no sea suficiente para absorber las pérdidas, hay que diferirlas, salvo que se trate de la liquidación de sociedades y sucesiones, en cuyo caso procede la deducción total del remanente en el año de la liquidación”.

Significa lo anterior que las pérdidas sufridas en bienes generadores de renta (salvo que se trate de activos movibles cuyas pérdidas ya se hayan reflejado en el juego de inventarios), luego de descontadas las indemnizaciones recibidas, proceden cuando, una vez surtido el proceso de depuración ordinaria se determina una renta líquida, contra la cual las pérdidas puedan deducirse hasta concurrencia de dichas rentas. Si la renta líquida del año no es suficiente, el saldo se difiere para deducirlo dentro de los cinco períodos siguientes. En todo caso, dicha deducción no es procedente cuando la renta líquida determinada por el sistema de renta ordinaria no sea suficiente, o su amortización genere una pérdida, siendo procedente, en estos casos, diferirla en los cinco períodos siguientes.

Los bienes usados en el negocio o actividad productora de renta son el conjunto de activos que intervienen de una manera directa en su generación, definidos por la normativa contable en los siguientes términos:

El artículo 35 del Decreto 2649 de 1993, los define así: “**Activo.** *Un 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”*

En igual sentido el artículo 15 del Decreto 2650 de 1993 dice lo siguiente “**Activo.** *Agrupar el conjunto de cuentas que representan los bienes y derechos tangibles e intangibles de propiedad del ente económico, que en la medida de su utilización, son fuente potencial*

¹⁴ FI 130 cppal.

¹⁵ Exp. 15914, julio 31 de 2009 CP William Giraldo Giraldo

¹⁶ Se refiere al artículo 148 del E.T.

de beneficios presentes o futuros. Comprende los siguientes grupos: el disponible, las inversiones, los deudores, los inventarios, las propiedades, planta y equipo, los intangibles, los diferidos, los otros activos y las valorizaciones”.

A su vez, el artículo 261 del ET establece que el patrimonio bruto está constituido por el total de bienes y derechos apreciables en dinero; entendiéndose como derechos apreciables en dinero, en los términos del artículo 262 ib, *“los reales y personales, en cuanto sean susceptibles de ser utilizados en cualquier forma para la obtención de la renta”*. El mero hecho de estar disponibles en forma inmediata, no cambia dicho carácter.

De lo anterior se establece que el disponible hace parte del activo, y como tal, particularmente en este caso, tratándose de una entidad financiera, es un bien usado en el negocio o actividad generadora de renta.

Para rematar este análisis la Sala concluye que son deducibles las pérdidas netas, ocurridas por fuerza mayor, sobre los activos usados en el negocio o actividad generadora de renta, restando previamente las depreciaciones, amortizaciones, cuando sea del caso, y la indemnización recibida dentro del mismo período gravable. Las indemnizaciones recibidas en años posteriores deben tratarse como recuperación de deducciones. En todo caso, dicha deducción procede hasta concurrencia de las otras rentas.

En aras de la lealtad procesal la Sala no hará ningún pronunciamiento en relación con los hechos constitutivos de fuerza mayor alegados por el actor, que la demandada no ha desvirtuado, ya que guardó silencio al respecto, y, por tanto, se dará crédito a los argumentos del actor que son razonables.

En el caso analizado, la sociedad ha reportado una renta líquida de cero, luego de deducidas las pérdidas sufridas por siniestros, es decir, con ello no ha generado nuevas pérdidas; vistas así las cosas, el cargo prospera.

Deducción de auxilios educativos (\$72.800.000).

Manifestó la Administración que como el Banco solicitó la deducción por auxilios educativos en el renglón 44 de la declaración de renta, éstos constituyen salarios en especie, razón por la cual era necesario acreditar el pago de los aportes parafiscales, como condición para aceptar su deducción.

Por su parte la actora ha expresado que en el requerimiento especial el auxilio educativo fue rechazado con fundamento en el Art. 107 del ET, al no cumplir los requisitos de *“causalidad con la actividad productora de renta, y por ende con el de necesidad y proporcionalidad de la misma”*; que la misma razón se expuso en la liquidación oficial, pero que al momento de resolver el recurso de reconsideración la administración cambió completamente la argumentación, fundamentando el rechazo en el incumplimiento de los requisitos de pago de aportes parafiscales, consagrado en el artículo 108 ib.

Por su parte el *a-quo* dio prosperidad a las pretensiones de la demanda al considerar que efectivamente la Administración incurrió en violación de lo dispuesto en el artículo 711 del E.T., al señalar... *“el argumento esbozado en la resolución que agotó la vía gubernativa, no fue expuesto en ninguna de las etapas anteriores de la discusión, y no puede considerarse como un mejoramiento de argumentos, pues de lo que se trata es de un cambio total de los mismos, lo que*

sin duda atenta contra el derecho de defensa que le asiste al contribuyente, y por ende con el principio de congruencia en la actividad de la Administración”.

Según el artículo 711 del E.T.¹⁷ debe existir correspondencia entre la declaración, el requerimiento y la liquidación de revisión, de tal manera que el contribuyente no puede ser sorprendido en la liquidación de revisión con hechos que no hubieren sido planteados en el requerimiento especial o en su ampliación si la hubo.

Para la Sala, tanto el requerimiento especial como la liquidación oficial deben ser motivados, pues si la autoridad tributaria rechaza la liquidación privada presentada por el contribuyente, debe poner en conocimiento de éste los motivos de desacuerdo, para permitirle ejercer su derecho de contradicción¹⁸. La explicación de los hechos y razones de la decisión de rechazo garantizan el derecho de defensa y de audiencia del contribuyente.

En este caso, a juicio de la Sala, del análisis de los motivos expuestos por la DIAN en el requerimiento especial, en la liquidación de revisión y en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración se desprende que no existe la alegada falta de correspondencia, pues guardan precisa relación con el rechazo de la deducción por auxilio educativo.

En efecto, en el requerimiento especial y en la liquidación oficial, el rechazo se sustentó en el artículo 107 del E.T., y en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración se mejoraron los argumentos, adicionando como fundamento para rechazar tales deducciones el artículo 108 ib; y no se trata de un hecho nuevo, sino de una condición especial, plasmada en el inciso final del artículo 107 *ejusdem*. Aquí se trata de integración normativa.

Así pues, para la Sala el argumento para no aceptar la deducción por auxilio educativo fue el mismo tanto en el requerimiento y la liquidación oficial como en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración y, por tanto, el cargo de falta de correspondencia no está llamado a prosperar.

Por lo anterior, la Sala ordenará tener como liquidación del impuesto de renta del año 2002 la siguiente:

¹⁷ *ARTICULO 711. CORRESPONDENCIA ENTRE LA DECLARACIÓN, EL REQUERIMIENTO Y LA LIQUIDACIÓN DE REVISIÓN. La liquidación de revisión deberá contraerse exclusivamente a la declaración del contribuyente y a los hechos que hubieren sido contemplados en el requerimiento especial o en su ampliación si la hubiere.*

¹⁸ Exp. 12095 y 14778, octubre de 2001 y mayo de 2006, respectivamente CP Dra. María Inés Ortiz Barbosa; Exp. 17178, marzo de 2010 CP Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia

		PRIVAD	RECURSO	C.DE ESTADO
RENTA LIQUIDA	R	0	2.077.577.000	72.800.000
RENTA	RC	16.773.698.000	16.773.698.000	16.773.698.000
MENOS OTRAS RENTAS	EC	8.724.539.000	8.724.539.000	8.724.539.000
TOTAL RENTAS EXENTAS	ED	8.724.539.000	8.724.539.000	8.724.539.000
RENTA LIQUIDA GRAVABLE	RE	8.049.159.000	8.049.159.000	8.049.159.000
IMPUESTO SOBRE RENTA GRAVABLE	L	2.817.206.000	2.817.206.000	2.817.206.000
GENERACIÓN DE	L	316.936.000	316.936.000	316.936.000
DONACIONE	LR	704.302.000	704.302.000	704.302.000
IMPUESTO NETO DE	LC	1.795.968.000	1.795.968.000	1.795.968.000
TOTAL IMPUESTO NETO DE RENTA	L	1.795.968.000	1.795.968.000	1.795.968.000
TOTAL IMPUESTO A CARGO	FU	1.795.968.000	1.795.968.000	1.795.968.000
TOTAL RETENCIONES AÑO GRAVABLE	G	8.167.828.000	8.167.828.000	8.167.828.000
MAS ANTICIPO A LA SOBRETASA	OZ	135.950.000	135.950.000	135.950.000
TOTAL SALDO A FAVOR	HB	6.235.910.000	6.235.910.000	6.235.910.000

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

F A L L A

1. **REVÓCASE** la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. **DECLÁRASE** la nulidad parcial de la Liquidación Oficial de Revisión No. 310642004000254 del 21 de diciembre de 2004 y de la Resolución No. 310662005000091 del 5 de diciembre de 2005, proferidas por la Administración Especial de Grandes Contribuyentes de Bogotá.
3. A título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, téngase como liquidación del impuesto de renta de la sociedad, la inserta en la parte motiva de esta providencia.
4. **RECONÓCESE** personería para actuar en nombre de la entidad demandada a la abogada Nidia Amparo Pabón Pérez.

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

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente de la sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ