

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

CONSEJERO PONENTE: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintidós (2022)

| | |
|--------------------|--|
| Referencia: | Nulidad y restablecimiento del derecho |
| Radicación: | 76001-23-33-000-2014-01154-01 (22908) |
| Demandante: | Inversantamónica S.A. |
| Demandado: | DIAN |
| Temas: | Renta. 2009. Capitalización de la prima en colocación de acciones. |

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 04 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que resolvió (f. 355):

Primero: Declárese la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión nro. 052412013000035 de fecha 11 de abril de 2013 y de la Resolución nro. 900.140 del 13 de mayo de 2014, que resolvió el recurso de reconsideración, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, declárese en firme la liquidación privada del impuesto sobre la renta y complementarios del año 2009 presentada por la sociedad Inversantamónica S.A.

Tercero: Condénese en costas a la parte demandada. Como agencias en derecho, fíjese el cero coma cero un por ciento (0,01%) del valor de las pretensiones, tal como lo señaló la parte motiva. Líquidense por la Secretaría de la Corporación.

ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Con la Liquidación Oficial de Revisión nro. 052412013000035, del 11 de abril de 2013 (ff. 183 a 202), la demandada modificó la corrección voluntaria a la declaración del impuesto sobre la renta de la actora por el año gravable 2009 (f. 28 caa). Concretamente, añadió ingresos brutos no operacionales, rechazó ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional e impuso sanción por inexactitud la declaración. Esa decisión fue confirmada con la Resolución nro. 900.140, del 13 de mayo de 2014 (ff. 102 a 124).

ANTECEDENTES PROCESALES

Demanda

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011), la actora formuló las siguientes pretensiones (ff. 10 y 11):

A. Que se declare la nulidad total de la Resolución que resolvió el recurso de reconsideración nro. 900.140 del 13 de mayo de 2014, expedida por la Dirección de Gestión Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por medio de la cual se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto el 13 de junio de 2013, en contra de la Liquidación Oficial de Revisión nro. 052412013000035 de 11 de abril de 2013.

B. Que se declare la nulidad total de la Liquidación Oficial de Revisión nro. 052412013000035 de 11 de abril de 2013, en virtud de la cual se modificó la declaración presentada por Inversantamónica por el impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2009 y se impuso una sanción por inexactitud.

C. Que a título de restablecimiento del derecho se declare la firmeza de la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2009 presentada por Inversantamónica y se tengan como ciertos los valores registrados en esta declaración privada por la compañía el 15 de abril de 2011, mediante formulario nro. 91000109444672, al prosperar las razones de objeción de fondo que se desarrollan en el presente escrito.

D. Que se condene en costas a la parte demandada, ya que las Autoridades Tributarias no valoraron las pruebas aportadas en el proceso administrativo que soportan la información reportada en la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2009, presentada por Inversantamónica y que demuestran que con las glosas propuestas se está generando un doble efecto impositivo, a cargo de la Compañía, derivado de un mismo hecho económico.

A los anteriores efectos, invocó como normas violadas los artículos 6.º, 29 y 83 de la Constitución; 27 del CC (Código Civil, Ley 57 de 1887); 260 y 261 del CCo (Código de Comercio, Decreto 410 de 1971); 26, 36, 36-3, 301, 450, 451, 565, 647, 711, 730.3, 732, 734, 742, 746 y 794-1 del ET (Estatuto Tributario); 3.º, 72 y 137 del CPACA; 167, 243 y 281 del CGP (Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012); y 17 del Decreto Reglamentario 187 de 1975, bajo el siguiente concepto de violación (ff. 20 a 67):

Sostuvo que operó el silencio administrativo positivo y también la causal de nulidad del artículo 730.3 del ET, porque la resolución que falló el recurso de reconsideración le fue notificada extemporáneamente; y que, en todo caso, se configuró un «*silencio parcial*», porque la demandada omitió absolver uno de los cargos del recurso. Por ello, alegó la transgresión de la regla de correspondencia y de los derechos de defensa y contradicción.

Para controvertir el fondo de la decisión acusada, relató que participaba en el capital de una sociedad que en 2008 suscribió acciones emitidas por otra compañía de la que también era accionista; y que, como contraprestación, la suscriptora aportó a la emisora los derechos que poseía en una fiducia inmobiliaria. Precisó que, del total de la inversión (\$33.000.000.000), \$100.000.000 correspondían al valor nominal de las acciones y los \$29.900.000.000 restantes a la prima de emisión pagada, pero que, al año siguiente (*i.e.* 2009) la suscriptora entró en un proceso de liquidación parcial en virtud del cual le cedió el 33% de su participación en la segunda sociedad mencionada, a título de reembolso de capital. Destacó que la cesión se efectuó por el valor nominal de las acciones suscritas (*i.e.*, \$1.000 por cada una) y que esta suma era equivalente a su aporte inicial en el capital de la entidad parcialmente liquidada (*i.e.*, la cedente).

Seguidamente, narró que la sociedad que emitió las acciones con prima capitalizó ese superávit en 2009, para lo cual incrementó el valor nominal de las acciones de \$1.000 a \$297.039. De ahí que, como accionista, le correspondiera una distribución de \$9.866.979.870 a título de capitalización de la prima. Especificó que contabilizó este último rubro como mayor valor de su inversión, contra un ingreso operacional de igual cuantía, que declaró como no constitutivo de renta ni ganancia ocasional, conforme a lo entonces establecido en los artículos 36 y 36-3 del ET.

Sobre esa base, reprochó que la autoridad desconociera que las transacciones descritas constituían «*un mismo hecho económico*» y, en su lugar, les atribuyera el «*doble efecto*» de producir ingresos tanto al momento de la cesión de acciones como en la capitalización de la prima de colocación. Argumentó que, mientras la recepción de acciones como reembolso de capital carecía de vocación para aumentar su patrimonio, pues tan solo reemplazó un activo con otro, la posterior modificación del valor nominal de esos títulos –producto de la capitalización de la prima pagada– sí incrementó la cuantía de la inversión que poseía y, por tanto, generó un ingreso que habría estado gravado si el artículo 36-3 del ET no dispusiese lo contrario. Así, adujo que la decisión de adicionar un ingreso no operacional y de excluir el carácter no constitutivo de renta de la ganancia realmente obtenida se fundó en un equivocado entendimiento de la operación económica y, en consecuencia, vició la actuación de falsa motivación.

Agregó que, como las conductas que condujeron a la percepción y capitalización de la prima fueron desplegadas por terceras compañías, sería improcedente cuestionar su autoliquidación, ya que los efectos nocivos de la operación glosada solo debían imputarse a las intervinientes. Asimismo, negó haber influido en el diseño de esa estructura y destacó que (contrariamente a lo sostenido por la demandada) su participación en el capital de dichas sociedades era insuficiente para ejercer en ellas el control decisorio al que aluden los artículos 260 y 261 del CCo, 30 de la Ley 223 de 1995 y 450 y 451 del ET. Señaló que tampoco procedería levantar el velo corporativo, como lo propuso su contraparte –por primera vez– al desatar el recurso de reconsideración, pues ello vulneraría la regla del artículo 711 *ejusdem* y, en todo caso, tendría que haberse agotado el procedimiento ordenado por el artículo 794-1 del ET, lo que no ocurrió.

Por último, se opuso a la imposición de la sanción por inexactitud alegando que no se configuró el hecho sancionable, puesto que no obró con antijuridicidad ni ánimo de defraudar al fisco.

Contestación de la demanda

La demandada se opuso a las pretensiones de la actora (ff. 247 a 260). Al efecto, relató que en una actuación independiente negó la ocurrencia del silencio administrativo positivo¹ y que, al fallar el recurso, abordó conjuntamente todos los cargos propuestos por la demandante, sin que fuera obligatorio referirse a cada uno en forma individual.

En cuanto al fondo, discutió que estuviera probado que asignó doble efecto tributario a la operación reprochada, como sí estaría acreditado que su contraparte realizó un ingreso no operacional al momento de la liquidación parcial de la primera de sus subordinadas. Así, porque dicha liquidación ocasionó que esta le cediera a la demandante las acciones que poseía en otra entidad subordinada; y, dado que el valor patrimonial de esos títulos (\$9.900.000.000) superaba el monto de la participación de la actora en la compañía liquidada (\$33.000.000), la diferencia entre lo aportado y lo recibido como reembolso de capital constituyó un incremento patrimonial gravado.

Planteó que conceder el tratamiento de ingreso no constitutivo de renta a la prima de emisión pagada por dichas acciones implicaría suponer que en el caso se valorizó una sociedad recién constituida, pese a que está comprobado que nunca desarrolló su objeto

¹ La actora promovió demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra esa actuación, en el expediente identificado con radicado nro. 76001-23-33-000-2016-01065-00. No obstante, por auto del 21 de marzo de 2019, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró probada la excepción previa de pleito pendiente y dio por terminado el proceso, pues consideró que buscaba los mismos efectos pretendidos en el *sub iudice*. Esa decisión fue confirmada por esta Sección mediante auto del 24 de septiembre de 2020 (exp. 24528, CP. Julio Roberto Piza Rodríguez).

social ni contabilizó flujos de recursos. Señaló que, en cambio, al analizar la completitud del procedimiento negocial se aprecia que el sobreprecio en cuestión no fue capitalizado efectivamente, porque no se mantuvo en el patrimonio de la sociedad emisora, sino que se distribuyó a los accionistas por medios indirectos. Puntualizó que, como el traslado de ese superávit a las cuentas del patrimonio fue inmediatamente sucedido por la liquidación de la entidad con la consecuente disminución de su capital, si se avalara la desgravación pretendida por la actora se obviaría que la operación implementada en concierto con sus vinculadas vulneró la finalidad perseguida por los artículos 36 y 36-3 del ET.

Resaltó que el conjunto esa actividad negocial condujo a que la actora obtuviese la propiedad de los derechos fiduciarios inicialmente poseídos por la primera de sus filiales sin efecto fiscal y que ese resultado se logró gracias a la influencia dominante de la demandante sobre sus filiales, siendo posible que la situación de subordinación se configurara a partir de la prestación de bienes y servicios relevantes, sin que se requiriera participación mayoritaria en el capital social. Se opuso al cargo relativo al levantamiento del velo corporativo, aduciendo que esa cuestión no hizo parte del sustento de la decisión acusada, sino que se enunció para resaltar las herramientas propias de la potestad de fiscalización.

Finalmente, defendió que la actora incurrió en la conducta castigada con la sanción por inexactitud, sin que esto fuera consecuencia de un error sobre el derecho aplicable.

Sentencia apelada

El tribunal accedió a las pretensiones de la demanda y condenó en costas (ff. 340 a 355). Desestimó la configuración del silencio administrativo positivo alegado por la actora, pues encontró que la resolución que desató el recurso de reconsideración fue oportunamente notificada y que abordó todos los argumentos expuestos en el contexto de la controversia.

Respecto de las problemáticas sustanciales, partió de exponer que, bajo la sentencia del 17 de junio de 2010 (exp. 16731, CP. Martha Teresa Briceño de Valencia) y del Concepto nro. 0188 de 2011 del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, la prima en emisión de aportes correspondía al mayor valor pagado en la adquisición de acciones colocadas en el mercado por un precio superior a su valor nominal; y que, por disposición del artículo 36-3 del ET, su repartición en acciones estaría desgravada para los socios siempre que la compañía emisora la hubiese contabilizado como superávit de capital. Como halló probado que la inversión cedida a la demandante fue adquirida por un valor superior al nominal, juzgó que no podía desconocerse que el sobreprecio pagado correspondía a una prima de emisión; y, como encontró que las actas de la asamblea de accionistas de la sociedad capitalizada acreditaban que el superávit se distribuyó en acciones, consideró satisfechos los requisitos de la norma citada para reconocer tratamiento de ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional a dicha distribución. Además, invalidó la adición del ingreso no operacional que –según la demandada– se habría realizado en la cesión de las referidas acciones, pues estimó que, dado que la actora incluyó la renta por el reparto de la prima como un factor positivo de depuración de su base gravable, agregar otra suma implicaría asignar un doble efecto fiscal a la operación glosada. Por todo esto, también revocó la sanción por inexactitud.

Recurso de apelación

El extremo pasivo apeló la decisión de primer grado (ff. 367 a 378) insistiendo en que la actora omitió declarar el ingreso que recibió en la liquidación parcial de su primera filial,

pues el valor de las acciones que obtuvo a título de reintegro de capital superó el monto de su aporte; y, en esa medida, el exceso sobre el capital invertido estaría gravado.

Igualmente, reiteró su oposición a la desgravación de la prima en colocación de acciones distribuida a la demandante, resaltando que la producción de dicho superávit carecía de razonabilidad comercial. Así, porque no estaba justificado que una sociedad recién constituida se valorizara sin haber ejecutado actividades ni obtener flujos de efectivo; y agregó que tampoco era razonable que se pagara una prima en colocación de acciones, porque la sociedad emisora solo fue constituida para «*capitalizar a sus accionistas*» (incluida la actora), los cuales tenían igual participación en la sociedad suscriptora, que luego les cedió la referida inversión. Insistió en los argumentos sobre la finalidad de los artículos 36 y 36-3 del ET, en la exigencia de conservar la prima en el patrimonio de la sociedad receptora y en la influencia dominante que la demandante habría ejercido sobresus subordinadas. También arguyó que el acta de la asamblea de accionistas en la que se constituyó la prima en cuestión carecía de valor probatorio, porque no fue firmada por el presidente ni por el secretario de la reunión. Por ende, además defendió la procedencia de la sanción por inexactitud.

Finalmente, se opuso a la condena en costas, señalando que los asuntos tributarios son de interés público y que, en cualquier caso, no estaba probada su causación.

Alegatos de conclusión

La actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda y adujo que, si bien se rechazó su apelación adhesiva por carecer de interés para recurrir (ff. 484 a 497), debía decidirse sobre la configuración del silencio administrativo positivo desestimado por el *a quo*, puesto que –según el criterio de decisión fijado por la Sección en el fallo del 12 de diciembre de 2014 (exp. 19121, CP. Jorge Octavio Ramírez)–, cuando prosperan las pretensiones de la demanda, el *ad quem* debe pronunciarse sobre los cargos negados en primera instancia, aunque no hayan sido objeto de apelación. La demandada insistió en los argumentos expuestos en las anteriores etapas procesales (ff. 498 a 502). El ministerio público guardó silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1- Juzga la Sala la legalidad de los actos acusados, atendiendo a los cargos planteados por la demandada, en calidad de apelante única, contra la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte vencida. Por ende, corresponde determinar si la cesión de acciones a la demandante, derivada de la liquidación parcial de una sociedad en cuyo capital participaba, le generó un incremento patrimonial gravado con el impuesto sobre la renta; y si la posterior capitalización del sobreprecio pagado por la cedente al adquirir las acciones objeto de cesión satisfizo las exigencias previstas en el ordenamiento tributario para concederle a tal operación el tratamiento de un ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional, contemplado en los artículos 36 y 36-3 del ET (en la versión entonces vigente). Decidido lo anterior, deberá verificarse si procede la condena en costas impuesta por el *a quo*. Con todo, dado que la ratificación de las valoraciones jurídicas esgrimidas por la actora en defensa del tratamiento fiscal que le atribuyó a la operación enjuiciada constituye la razón de la decisión impugnada, de prosperar la apelación, la Sala deberá evaluar los cargos de la demanda sobre los cuales el tribunal no tuvo que pronunciarse para dictar la sentencia

apelada. En ese evento, se establecería entonces si la autoridad de impuestos violó las normas procedimentales en que debió fundar su actuación por la circunstancia de haber aludido al levantamiento del velo corporativo en la resolución que decidió el recurso de reconsideración; y, si fuera necesario, también se establecerá la juridicidad de la sanción por inexactitud impuesta a la demandante. Pero la Sala tiene vedado pronunciarse sobre el nuevo hecho alegado por la demandada en el recurso de apelación, relativo a la falta de aptitud probatoria del acta de la asamblea de accionistas en la que consta la capitalización, dado que no hizo parte de la motivación de los actos acusados. Lo anterior obedece a que se trata de un reparo que propone abrir una nueva discusión en sede de la segunda instancia y abordarlo llevaría a incurrir en un fallo incongruente que, además, violaría los derechos al debido proceso y a la defensa y contradicción de la contraparte (sentencia del 07 de mayo de 2020, exp. 23572, CP. Julio Roberto Piza).

Tampoco se abordará el planteamiento formulado por la actora en los alegatos de conclusión de segunda instancia sobre la configuración del silencio administrativo positivo, pues esa cuestión fue absuelta en el auto del 14 de julio de 2017 (ff. 445 a 447), notificado a las partes por estado del día 27 del mismo mes y año (f. 448). En esa providencia se rechazó la apelación adhesiva de la demandante sin que esta promoviera el recurso de súplica consagrado en el artículo 246 del CPACA, circunstancia por la cual la referida decisión judicial quedó ejecutoriada el 31 de julio de 2017, en los términos del artículo 302 del CGP, y su mandato es, por tanto, ineludible para la Sala. De modo que estudiar los argumentos planteados por la demandante en la etapa de alegaciones de conclusión excedería el alcance del litigio trabado en esta instancia y, además, supondría reabrir una discusión que ya fue dirimida.

2- Así, en el marco del juicio que compete a la Sala, se examinará el conjunto de negocios en que se produjo y capitalizó la prima en emisión de acciones que dio lugar al litigio trabado entre las partes. Ambas coinciden, y está probado en el plenario, en que la cadena de actos jurídicos que motivó la controversia inició en diciembre de 2007, cuando la actora obtuvo una participación del 33% en el capital de una sociedad que era titular de derechos fiduciarios valorados en \$30.000.000.000, derechos que esta entidad después aportó, en diciembre de 2008, a otra sociedad –en la que la actora también poseía el 33% del capital, porcentaje para cuya adquisición había pagado \$330.000–, como contraprestación por suscribir acciones ofrecidas a un valor 300 veces superior al nominal. Con esto, la participación de la demandante en la segunda entidad (*i.e.*, la emisora de los títulos) se redujo del 33% al 0,33%, porque la suscriptora de las nuevas acciones adquirió la titularidad del 99% de la compañía; pero, en agosto de 2009, recuperó su porcentaje inicial de participación en esa entidad porque la sociedad suscriptora de las acciones entró en un proceso de liquidación parcial por el cual, a título de reembolso de su aporte (*i.e.*, \$33.000.000), le cedió a la actora 33.000 de las acciones adquiridas con prima en 2008, estimadas según su valor nominal (*i.e.*, \$1.000 cada una). Una vez que la actora poseyó nuevamente el 33% del capital de la compañía que emitió las acciones, sucedió que esta compañía capitalizó ese superávit, trasladándolo de la cuenta 3205 «*prima en colocación de acciones*» a la cuenta 3105 «*capital suscrito y pagado*», e incrementó el valor nominal de los títulos representativos de participaciones en su capital de \$1.000 a \$297.039, por acción. Al cabo de las anteriores transacciones, la compañía capitalizada registró que el valor del aporte de la demandante se incrementó de \$33.330.000 a \$9.900.309.870, por su porcentaje de participación en el capital del 33%, gracias a que la distribución del superávit de capital se efectuó a prorrata de los aportes de todos los accionistas. Finalmente, en diciembre de 2009, se liquidó la compañía que capitalizó la prima y, para reembolsarle a la actora el capital invertido, le transfirió la porción que le correspondía (*i.e.* el 33%) de los derechos fiduciarios obtenidos al emitir acciones con prima.

De modo que, según el relato de los extremos procesales, la sucesión de actos jurídicos descrita dio lugar a dos hechos con relevancia tributaria: por una parte, dos transferencias patrimoniales consecutivas; y, por otra, la generación y posterior capitalización de una prima en colocación de acciones. Los efectos impositivos que corresponde asignar a ambos eventos constituyen el eje del debate que las partes plantean en esta instancia.

3- Concretamente, la demandante niega que el reintegro de capital que percibió en el momento de la liquidación parcial de la sociedad que pagó la prima al suscribir las acciones de otra sociedad, ocasionara un incremento neto de su patrimonio, habida cuenta de que, como el valor de las acciones recibidas (*i.e.* su valor nominal sin incluir la prima) era equivalente al monto de su aporte en la entidad parcialmente liquidada, la restitución de la inversión solo conllevó una mera sustitución de activos. También, sostiene que estaban satisfechas todas las exigencias dispuestas textualmente en la ley para que el ingreso distribuido a los accionistas con ocasión de la capitalización de la prima adquiriese la connotación de no constitutivo de renta ni ganancia ocasional y, por ende, solicita que se reconozca ese tratamiento. La demandada coincide en que los hechos objeto del litigio tuvieron lugar bajo las mismas circunstancias que relata su contraparte y en que podrían subsumirse en las normas que avalarían su desgravación, aunque solo en términos gramaticales. La reflexión obedece a que es un hecho cierto, no sometido a discusión, que las acciones suscritas en 2008 se adquirieron por un valor superior al nominal y, en esa medida, la transacción produjo una «*prima en colocación de aportes*», en los términos del artículo 84 del Decreto 2649 de 1993, que la definía como «*el mayor valor cancelado sobre el valor nominal o sobre el costo de los aportes*», en concordancia con el ordinal 4.º del artículo 386 del CCo, que habilita a las sociedades a emitir acciones a un valor superior al nominal. Asimismo, le asiste razón a la actora cuando alega que –de admitirse que el sobreprecio pagado en 2008 debe tratarse fiscalmente como una prima de emisión– las acciones que recibió a título de reembolso de capital debían estimarse según su valor nominal, pues la redacción del artículo 36 del ET entonces vigente establecía que la prima solo constituiría un ingreso en el momento de su distribución (sentencia del 21 de octubre de 2021, exp. 25124, CP. Milton Chaves García)²; y, al reconocerle a ese sobreprecio el tratamiento fiscal previsto para la prima en colocación de acciones, estarían desgravadas las acciones distribuidas a la actora con ocasión de su capitalización, por mandato artículo 36-3 *ibidem* (sentencia del 01 de junio de 2010, exp. 16731, CP. Martha Teresa Briceño de Valencia).

En esos términos, la tesis planteada por la demandante se fundamenta en reconocerle el tratamiento fiscal previsto para la prima en colocación de acciones al sobreprecio pagado en 2008 por adquirir una participación en la compañía que lo capitalizó en 2009. Esto, debido a que la prima de emisión fue lo que justificó que la actora concluyera que las acciones que recibió a título de reembolso de capital no produjeron un incremento neto de su patrimonio y que la posterior capitalización de ese superávit haya generado un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional. Pero, precisamente, es a la configuración tributaria de esa «*prima en colocación de acciones*» a lo que se opone la demandada y, por ende, es esa la situación que suscita la discusión. Puntualmente, lo que reclama la demandada y apelante única es que corresponde atribuirles a los mismos hechos narrados por su contraparte unos efectos tributarios opuestos a los establecidos en la autoliquidación del tributo revisada. Aduce que el negocio globalmente considerado condujo a que la demandante percibiera un ingreso gravado con el impuesto sobre la renta equivalente al exceso de lo que recibió como reintegro de su inversión en la primera «*filial*», sin derecho a reclamar la desgravación de los títulos participativos que recibió

² A partir de las reformas introducidas a esa disposición y al artículo 30 del ET por los artículos 91 de la Ley 1607 de 2012 y 30 de la Ley 1819 de 2016, la prima de emisión pasó a formar parte del costo fiscal de las acciones para quien

la paga y, por tanto, dejó de ser considerada como un ingreso fiscal para todos los efectos.

con ocasión de la capitalización de la segunda «*filial*». Así, porque no estarían probadas las razones comerciales justificativas de la generación y pago del superávit de capital sobre el cual se debate, por lo que, a su vez, no estaría acreditada la razonabilidad requerida para reconocer la efectiva existencia de una prima en colocación de acciones que fuese susceptible del tratamiento fiscal previsto para tal clase de realidad económica. Por esas razones solicita que se avalen la adición de la ganancia omitida y el rechazo del beneficio pretendido.

4- En ese contexto, advierte la Sala que cada uno de los extremos del litigio deriva las consecuencias tributarias que defiende en función del resultado económico-práctico que le atribuye al conjunto de transacciones realizadas por la actora y por las compañías en las que poseía participaciones. Tanto así, que los cargos de apelación por medio de los cuales la autoridad insiste en la adición de un ingreso no operacional y en desconocer un beneficio fiscal, plantean el análisis de la correcta determinación de los efectos tributarios correspondientes al conglomerado comercial relatado, sin discrepar sobre la normativa aplicable para disciplinar el impuesto sobre la renta en los casos en que una transferencia patrimonial se acompañaba de la capitalización de una prima en colocación de acciones, ni sobre la interpretación de ese ordenamiento. El juicio que se demanda de esta judicatura versa exclusivamente sobre el resultado alcanzado con el conjunto comercial establecido y sobre si se adecua a la finalidad objetiva o *ratio* de las normas que entonces regulaban fiscalmente la prima por emisión de acciones o si, por el contrario, se subsume en la *ratio* de los preceptos que –aún hoy– determinan los hechos gravados con el impuesto sobre la renta, labor que correspondería adelantar en ejercicio de la pauta hermenéutica fijada por el artículo 26 del CC, de acuerdo con la cual «*los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido*», en concordancia con el artículo 31 *ibidem*, que dispone que «*la extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido*», *i.e.* según su *ratio*. Con lo cual, el litigio requiere que primero se precisen las finalidades a las que atienden unas y otras disposiciones, para desentrañar su «*genuino sentido*», que determina los límites de su «*extensión*»; para pasar a contrastarlo con los supuestos de hecho en que se subsume la operación económica, atendiendo a la función económico-individual lograda mediante el conjunto de transacciones aquí enjuiciado.

5- En vista de que la presente controversia requiere, en primer lugar, identificar la finalidad de las normas que rigen el caso, resulta pertinente traer a colación el reconocimiento que ha hecho la jurisprudencia en el sentido de que el impuesto sobre la renta se encuentra subordinado, en mayor medida que las demás figuras del sistema tributario, a la constatación de «*la verdadera capacidad contributiva*» poseída por cada sujeto pasivo (fundamento jurídico 3.º de la sentencia del 06 de agosto de 2020, exp. 22979, CP. Julio Roberto Piza). Al servicio de esa finalidad, el artículo 26 del ET detalla las operaciones que componen el procedimiento de depuración de la base gravable del tributo y fija la pauta hermenéutica con la cual se identifica en qué medida se realiza el hecho generador en cada caso concreto. Es esta disposición (y su reglamentación contenida en el artículo 17 del Decreto 187 de 1975, codificado en el artículo 1.2.1.7.1 del DUR, Decreto Único Reglamentario) la encargada de orientar la verificación de los eventos que, a efectos del tributo, resultan demostrativos de la manifestación de capacidad contributiva sujeta a imposición, porque conducen a la obtención de «*renta gravable*». Ese es el inevitable punto de referencia con el que corresponde descifrar el sentido de las demás disposiciones que componen el régimen jurídico del impuesto.

Al prever el citado artículo 26 del ET que la renta está compuesta por «*todos*» los ingresos «*ordinarios y extraordinarios*» realizados durante el año gravable que sean «*susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio, y que no hayan sido expresamente exceptuados*», consagra un impuesto general sobre las percepciones de renta que solo es enervado por las excepciones reconocidas expresamente por el ordenamiento. Sobre el particular, la norma reglamentaria precisa que «*un ingreso puede producir incremento neto del patrimonio, cuando es susceptible de capitalización aun cuando esta no se haya realizado efectivamente al fin del ejercicio*»; y también que los «*reembolsos de capital*» no realizan el hecho generador del impuesto sobre la renta, porque «*no son susceptibles de producir [dicho] incremento*». Visto ese criterio, el «*exceso*» sobre el capital aportado, transferido por la compañía a sus accionistas en el momento de su liquidación, tiene la connotación de un ingreso gravado, en la medida en que ese mayor valor no sustituye la inversión, sino que es un rédito de ese activo, susceptible de producir un incremento neto del patrimonio. De ahí que el artículo 301 del ET preceptúe que el mayor valor sobre la inversión constituye una ganancia ocasional cuando «*no corresponda a rentas, reservas o utilidades comerciales repartibles como dividendo o participación, siempre que la sociedad a la fecha de la liquidación haya cumplido dos o más años de existencia*»; pues si los títulos participativos en el capital social se poseyeron por menos tiempo, «*el exceso de lo recibido sobre el capital aportado*» estaría gravado a título de renta ordinaria (de conformidad con el artículo 30, ordinal 3.º, del ET, para la época).

5.1- Por lo anterior, ante una liquidación societaria, la parte de la transferencia patrimonial no sometida a imposición (ya sea que se haga en dinero o en especie) es aquella correspondiente al reintegro del capital aportado por el inversionista a la sociedad que se liquida, porque dicho reembolso no representa para el socio la potencialidad de un incremento patrimonial, sino la sustitución de un activo (señaladamente las acciones que poseía en la entidad) por otro (caja, bancos, o especies recibidas), lo cual no está gravado a la luz del artículo 26 del ET; mientras que la porción del reparto que supere la devolución de la inversión resulta gravada con el impuesto, sin perjuicio de las desgravaciones que, por motivos de estímulo fiscal, prevé la normativa.

5.2- Pero, si la distribución se hace con un pago en especie consistente en la entrega de acciones –como sucedió en el *sub lite*–, estas se estiman según su valor patrimonial (artículo 31 del ET), que equivale a su costo fiscal, salvo que el perceptor esté obligado a utilizar sistemas especiales de valoración de inversiones (artículo 272 *ibidem*), que no era el caso. Al respecto, el artículo 69 del ET (según la redacción entonces en vigor) preveía con carácter general que el costo fiscal de los activos fijos está «*constituido por el precio de adquisición o el costo declarado en el año inmediatamente anterior*», para lo cual la norma reglamentaria correspondiente, letra a) del ordinal 3.º del artículo 2.º del Decreto 2591 de 1993 –hoy compilado en el artículo 1.2.1.17.18 del DUR–, preceptúa que el costo fiscal de las acciones inmovilizadas equivale a su «*precio de adquisición*», aunque subsiste la posibilidad de determinarlo según el monto declarado en la autoliquidación del periodo anterior (sentencia del 16 de noviembre de 2016, exp. 21983, CP. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas)³.

5.3- Para la época de los hechos que se enjuician, existía una disposición particular aplicable a las situaciones en las que el precio de colocación superara el valor nominal de los títulos, esto es, para las acciones emitidas con prima, de acuerdo con la cual el monto recibido por la sociedad a título de prima por emisión de acciones se le gravaría en el periodo en que esta lo repartiase a los socios (inciso segundo del artículo 36 del ET, en el texto de entonces); cuantía que para los socios tendría la calificación de ingreso

³Sobre el costo fiscal de las acciones, también se ha pronunciado la Sala, entre otras, en las sentencias del 29 de junio de 2017 y del 05 de febrero de 2019 (exps. 20838 y 22240, CP. Jorge Octavio Ramírez), del 26 de julio de 2018 y del 29 de octubre de 2020 (exps. 20947 y 24266, CP. Stella Jeannette Carvajal Basto) y del 26 de agosto de 2021 (exp. 24402, CP. Julio Roberto Piza Rodríguez).

no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional, si fueren acreditadas las condiciones previstas en el artículo 36-3 del ET.

5.4- Como la «*prima en colocación de acciones*» a la que aluden ambas disposiciones corresponde a una categoría jurídica propia del derecho mercantil, resulta necesario considerar su alcance y significado en ese ámbito, con miras a estimar el tipo de realidad económica a la que se le están atribuyendo efectos tributarios en el ordenamiento fiscal. Dispone el artículo 384 del CCo que el contrato de suscripción de acciones conlleva, para el suscriptor de los títulos participativos en el capital social, el compromiso de pagar un aporte a la sociedad, bajo las estipulaciones prescritas a través de una oferta de acciones, a cambio de lo cual se le reconoce la calidad de accionista y se le entregan los títulos. La oferta de las acciones se lleva a cabo bajo los términos de la ley, de los estatutos de la entidad y del reglamento de emisión y colocación de las acciones, correspondiéndole a la asamblea general de accionistas determinar el precio al que se ofertan, sin que pueda ser inferior al valor nominal en ningún caso (ordinal 4.º del artículo 386 *ejusdem*). Si fuera superior, «*el mayor valor cancelado sobre el valor nominal o sobre el costo de los aportes*» representa la prima en colocación de acciones (artículo 84 del Decreto 2649 de 1993), para la cual las normas de contabilidad entonces vigentes (Decretos 2649 y 2650 de 1993) disponían contabilizarla en un rubro separado del patrimonio de la entidad que la percibe al emitir las acciones (señaladamente, en la cuenta 32, «*superávit de capital*», subcuenta 3205), en un asiento diferente de aquel en el cual se registran los aportes de los socios (cuenta 31 «*capital social*», subcuenta 3115 «*aportes sociales*»). De modo que, desde la perspectiva contable y societaria, el sobreprecio pagado por el suscriptor de las acciones no constituye parte de su aporte, sino una ganancia social, representativa de la valorización de la compañía en el mercado en una cifra superior al monto del capital suscrito y, en cuanto tal, puede ser distribuida a los accionistas en condiciones similares a los dividendos o capitalizada como cualquier otra utilidad⁴. El régimen descrito no riñe con el precepto que ordena –en virtud de la regla de medición según el costo histórico (artículo 10 del Decreto 2649 de 1993)– que el accionista que paga la prima tenga que contabilizar su inversión por la totalidad del precio de adquisición.

5.5- Aprecia entonces la Sala que el tratamiento fiscal concedido, para la época de los hechos, por el artículo 36 del ET a la prima por emisión de acciones respondía al reconocimiento de una circunstancia propia del mercado de operaciones societarias, en el cual resulta razonable y usual que a los títulos participativos que se emiten con posterioridad a la constitución de la sociedad se les asigne un precio de suscripción superior al nominal con miras a preservar la situación económica de quienes habían adquirido con anterioridad acciones de la misma entidad, dada la valorización que esta haya logrado obtener, por cualquier motivo, en el entretanto.

También se constata que el mencionado artículo buscaba realizar el objetivo extrafiscal de fomentar la capitalización de las sociedades comerciales. Señaladamente, antes de que la norma fuera incorporada al ordenamiento a través del artículo 13 de la Ley 9.ª de 1983, el artículo 23 del Decreto 187 de 1975 (reglamentario del Decreto Legislativo 2053 de 1974) establecía que cuando la prima en colocación de aportes fuese «*contabiliza[da] como superávit de capital no susceptible de distribuirse como dividendo*», quedaba exceptuada de imposición, régimen que modificó el citado artículo de la Ley 9.ª de 1983 al disponer que el beneficio se perdería si se le distribuía a los accionistas el superávit, momento en el cual constituiría «*renta gravable para la sociedad, sin perjuicio de las*

normas aplicables a los dividendos». El propósito declarado de la modificación era el de

⁴ Así lo ha precisado la Superintendencia de Sociedades, entre otros, en los Oficios nros. AN-23623 de 1991, 220-9412 de 1994, 42700 de 2005 y 220-061029 de 2017.

crear un «*incentivo a la capitalización*»⁵, dado que solo se «*exoneran del impuesto ... los valores reconocidos como prima en colocación de acciones, a condición de que se mantengan en el superávit de la sociedad, aumentando así su capital de trabajo*».

Esa finalidad de incentivar la capitalización de las empresas colombianas para promover el crecimiento de la economía fue reforzada al incorporar en el ordenamiento fiscal el artículo 36-3 del ET, por virtud del artículo 6.º de la Ley 49 de 1990, pues adoptó un beneficio adicional en el régimen tributario de la prima por emisión de acciones: le concedió el tratamiento de ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional, siempre que fuese distribuida en acciones a los socios o trasladada a la cuenta de capital «*producto de [su] capitalización*» (sentencia del 01 de junio de 2010, exp. 16731, CP. Martha Teresa Briceño de Valencia). Todo, con la finalidad de «*fortalecer patrimonialmente a las empresas al incentivar la capitalización de todos aquellos valores que hacen parte del patrimonio de la sociedad*» (exposición de motivos, Proyecto de ley nro. 70 de 1990).

6- Con lo cual, los signos hermenéuticos pertinentes, de orden gramatical (*i.e.* los sentidos posibles del texto de la norma), sistemático (la correlación de las normas aplicables con los demás preceptos que rigen la materia en el ámbito tributario y en otras ramas del derecho), histórico (el relato de la intención fidedigna del establecimiento de la norma) y, sobre todo, teleológico (la correcta comprensión del fenómeno económico objeto de regulación y la precisión del fin extrafiscal perseguido por la disposición, empleando como acicate la desgravación plena de los potenciales incrementos patrimoniales cuando quiera que la prima pagada permaneciese en el capital social), llevan a la Sala a concluir con certeza que la causa final de la norma aplicable al caso es la capitalización de la sociedad que recibió la prima. Esa es la *ratio* objetiva de los preceptos interpretados, que determina la correcta aplicación de las disposiciones, dato jurídico de la mayor relevancia, pues el contenido de los preceptos que regulan los efectos fiscales de los contratos de suscripción de acciones con prima está atado a la función social reconocida a esa institución. De ahí que el régimen tributario excepcional descrito esté reservado para casos en los que se requiera equiparar los precios a los que adquieren los porcentajes del valor patrimonial de la sociedad quienes suscriben las nuevas acciones, con los valores pagados por los antiguos socios, siempre que además la entidad determine aumentar, con vocación de permanencia, el capital disponible mediante la capitalización de la suma que haya recibido a título de prima, procedente del suscriptor de los nuevos títulos representativos de la participación en el capital de la sociedad. En suma, solo el sobreprecio que produzca una efectiva capitalización será merecedor del tratamiento que el ordenamiento fiscal dispuso para la prima.

7- Visto el específico ámbito sobre el que se proyectan los beneficios fiscales dispuestos en el ordenamiento para la prima por emisión de acciones, pasa la Sala a verificar si el caso recae en ese espacio. Al respecto, están probados en el plenario los siguientes hechos relevantes:

(i) La demandante adquirió en 2007 el 33% de las acciones en circulación de una sociedad del sector inmobiliario, previamente constituida, el 17 de octubre de ese mismo año (f. 157), para lo cual suscribió las acciones a su valor nominal (*i.e.* 33.000 acciones a \$1.000 cada una), según consta en el comprobante contable y en el certificado de participación accionaria que obran en los folios 273 y 292 del expediente administrativo.

(ii) El 13 de diciembre de 2007, esa compañía en la que adquirió participaciones la

⁵ Exposición de motivos del Proyecto de ley nro. 1 ante la Cámara, de 1983. Anales del Congreso, lunes, 02 de mayo de 1983, pág. 327.

demandante, compró los derechos fiduciarios sobre un patrimonio autónomo que tenía como activo subyacente un predio en el que desarrolló un parque industrial, por el precio de \$39.671.000.000 (ff. 289 a 291 y 303 caa).

(iii) El 28 de octubre del siguiente año, mediante documento privado, se constituyó otra sociedad (f. 156). En el acto de constitución participaron varios de los accionistas de la sociedad del sector inmobiliario, a los que se les autorizó para que, en el mes siguiente al registro mercantil de la sociedad, cedieran sus acciones a la actora y a los demás accionistas de esta «*libremente y en cualquier proporción (sin sujeción al derecho de preferencia)*» (ff. 193 a 204 caa).

(iv) A partir de esa autorización, en diciembre de 2008 la actora adquirió 330 acciones de la segunda sociedad por su valor nominal (*i.e.* \$1.000 por acción). El monto total de la inversión fue de \$330.000, con lo cual obtuvo una participación en el capital social equivalente al 33%; porcentaje de participación que era idéntico al que, por otra parte, tenía en la compañía del sector inmobiliario (f. 272). También hicieron lo mismo los demás accionistas de esta, que suscribieron acciones en la misma proporción de su participación en el capital social de la primera sociedad. De esto dan cuenta las actas de reunión de las asambleas de accionistas de cada una de las sociedades, que obran en el expediente administrativo (ff. 312 a 316 y 336 a 338 caa).

(v) Solo dos meses después de su constitución, en reunión de la asamblea de accionistas del 16 de diciembre de 2008, los socios de la compañía que sería capitalizada decidieron aumentar el capital autorizado para hacer una colocación de acciones. En la misma reunión, aprobaron el reglamento de emisión y colocación de 100.000 acciones nuevas por valor de \$300.000 cada una, de los cuales \$1.000 correspondían al valor nominal y \$299.000 se llevarían «*a la cuenta de prima en colocación de acciones*» como «*valor no distribuible como dividendo*». Asimismo, los accionistas acordaron que las acciones que fueran suscritas se pagarían en especie, específicamente con «*la totalidad de derechos fiduciarios que posee la sociedad [inmobiliaria] sobre el fideicomiso*». Por ende, las nuevas acciones se ofrecieron a la compañía inmobiliaria, sin sujeción al derecho de preferencia. El representante legal de esta aceptó suscribir las acciones ofrecidas y para su pago aportó los derechos fiduciarios identificados en el reglamento, los cuales se avaluaron por los accionistas en la suma de \$30.000.000.000 (ff. 312 a 316). Aunque con la operación descrita, esa sociedad obtuvo el 99% de las acciones en circulación de la entidad capitalizada, los demás accionistas indirectamente conservaron su participación en el capital social, dado que los socios de las dos compañías eran los mismos y con los mismos porcentajes de participación.

(vi) En los folios 221 y 222 del expediente administrativo obra el balance general comparativo de 2008 y 2009 de la sociedad capitalizada, que evidencia que, antes de la emisión de las acciones que originaron la prima cuestionada, el patrimonio social no tuvo ninguna valorización. Así, a diciembre de 2008 el patrimonio solo reflejaba \$101.000.000 de «*capital social*», \$29.900.000.000 de «*prima en colocación de acciones*» y - \$2.269.600 como «*resultados del ejercicio*». También muestra que la sociedad no obtuvo ingresos en el periodo y sus «*gastos operaciones*» por \$1.269.600 fueron por servicios y asesoría legal. En la autoliquidación del impuesto sobre la renta esta sociedad declaró ingresos por \$0 y determinó un impuesto a cargo de \$1.000.000 (f. 356 caa).

(vii) Hecha la capitalización, el 14 de agosto de 2009, la Asamblea de accionistas de la sociedad del sector inmobiliario decidió realizar una liquidación parcial con efectivo reembolso a los accionistas a prorrata de su participación, para lo cual ordenó entregar a los socios las acciones que poseía en la compañía capitalizada. Dada su participación del 33%, a la actora le correspondieron 33.000 acciones por igual valor al de su inversión inicial (ff. 336 a 338 caa).

(viii) Con la anterior liquidación parcial, la demandante retomó, ahora directamente, su participación del 33% del capital social en la entidad que emitió las acciones con prima (f. 141). En seguida, en asamblea de accionistas del 18 de agosto de 2009, se trasladó la prima en emisión de acciones a la cuenta de capital –señaladamente, se capitalizó la suma de \$29.899.939.000– aumentando el valor nominal de las acciones, que pasó a ser de \$297.039. En la reunión, se precisó que no se emitirían más acciones, sino que se aumentaba el costo de las que tenían los accionistas en el valor de la prima capitalizada, lo que «conforme el artículo 36-3 del ET» era «un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional para los accionistas» (ff. 143 a 141 caa).

(ix) De acuerdo con la nota de contabilidad nro. 001-NC-090864, del 19 de agosto de 2009, la demandante registró un ingreso operacional –cuenta nro. 415010– en cuantía de \$9.866.979.870, por la capitalización de la prima en cuestión (ff. 23, 40, 48 y 322 caa), y un incremento en el valor de las acciones por el mismo valor –cuenta nro. 120530– (ff. 19 y 322).

(x) Finalmente, el 21 y el 22 de diciembre de 2009, fueron liquidadas totalmente la sociedad del sector inmobiliario y la capitalizada, respectivamente (ff. 158 y 156). Cada una de estas sociedades presentó declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2009 cobijadas por el beneficio de auditoría (ff. 341 y 140 caa).

(xi) En la liquidación, la sociedad capitalizada le entregó a la actora, a título de reembolso, activos –i.e. derechos fiduciarios y cuentas por cobrar– por \$9.898.659.870, monto que no discuten las partes, pues lo informó el contador de la actora y lo aceptó la demandada en los actos acusados (ff. 290 y 439).

(xii) En el periodo revisado, la actora declaró a título de ingreso operacional el mayor valor de las acciones producto de la capitalización de la prima en cuestión y detrajo de la base imponible esa misma cuantía como ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional (f. 67). Así consta en la conciliación contable y fiscal que obra en los folios 35 y 45 de los antecedentes administrativos.

(xiii) Sobre las operaciones anteriormente descritas, en el trámite del procedimiento de revisión, el contador de la actora señaló que «*el propósito ... al aceptar entrar en este negocio, era poder adquirir, por un buen precio, unos lotes en el parque industrial desarrollado, con el fin de venderlos posteriormente, realizando la valorización correspondiente*». Esto fue así porque «*en el mismo año gravable [la sociedad del sector inmobiliario] compró ... los derechos fiduciarios ... sobre un patrimonio autónomo propietario de un predio de 113.344 hectáreas, sin urbanizar, en el municipio de Tocancipá, ... con el fin de desarrollar en él un parque industrial, compuesto de varios lotes de menor extensión*». Además, adujo que «*Inversantamónica S.A. adquirió el 33% de las acciones de la [otra] sociedad ... con el fin de quedar en ella con idéntica participación que la que tenía en [la sociedad del sector inmobiliario], como lo hicieron todos los socios ... con el objeto de tener otra sociedad con idéntica participación*

accionaria a la primera». Finalmente, precisó que el propósito del negocio se logró porque *«se realizó la venta de los lotes adquiridos por un precio favorable, realizando una utilidad ... declarada en la declaración de renta correspondiente a este año gravable [se refiere a 2009]»* (ff. 289 a 291 caa).

(xiv) En los actos que se juzgan, la autoridad rechazó el ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional autoliquidado por la demandante en cuantía de \$9.898.659.870, por considerar que era inconsistente, desde la costumbre mercantil, *«que una sociedad que se constituya a fines de un año, este generando una prima en colocación de acciones, porque la sociedad se encuentra en una etapa pre operativa que no hacen viable que los posibles socios realicen inversiones en este tipo de sociedades, por cuanto no se tiene certeza de que la misma sea rentable»*. Además, estimó que la constitución de la prima no cumplió con el objetivo *«de fortalecer el patrimonio de la sociedad con el fin de desarrollar el objeto social ... porque desde su creación se vio el ánimo de servir de intermediario para que los socios se capitalizaran»* (ff. 438 y 439 caa).

8- De los hechos acreditados en el plenario emerge que la función económico-práctica de las operaciones estudiadas, más allá de la consideración individual o aislada de los pasos transaccionales relatados, es la que resulta del conglomerado negocial en el cual se suman los efectos de las siguientes fases alcanzadas: primero, la actora, invirtiendo \$33.000.000, accedió al 33% del capital social de una entidad que pasó a ser beneficiaria de una fiducia inmobiliaria; después, esta sociedad aportó sus derechos fiduciarios como pago en especie por la suscripción de las acciones emitidas con prima por una segunda sociedad en cuyo capital tenía participaciones la demandante en proporciones idénticas y con los mismos socios que participaban en los fondos propios de la primera sociedad mencionada; en un tercer momento, se le transfirió a la actora la porción correspondiente de las acciones adquiridas por la primera sociedad en la segunda, como resultado de la liquidación parcial de la suscriptora de los títulos participativos; a continuación, la entidad emisora de las acciones capitalizó la prima que recibió en el momento en el que emitió los títulos, para lo cual incrementó el valor nominal de las acciones en circulación; por último, con la liquidación de esta segunda sociedad, se le transfirió a la demandante la porción correspondiente de los derechos fiduciarios como reembolso del capital invertido en la compañía que capitalizó la prima. En suma, las transacciones relacionadas llevaron a que la actora pasara a poseer directamente derechos fiduciarios valorizados en \$9.900.309.870, que con anterioridad poseía indirectamente a través de su porcentaje de participación en la sociedad que era la titular inicial de esos derechos, el cual había adquirido mediante una inversión de \$33.000.000; todo, sin que tributase el *«incremento neto del patrimonio»* derivado de la diferencia entre el monto invertido y el valor del activo recibido a cambio (*i.e.* los derechos fiduciarios que pasó a poseer directamente una vez que se liquidaron las sociedades), a consecuencia de la captura del supuesto de hecho del ingreso no constitutivo de renta previsto en los artículos 36 y 36-3 del ET, en el texto vigente para la época de los hechos.

9- Dadas esas circunstancias, para las partes y para esta judicatura está claro que en el caso se cumplen los supuestos de hecho contemplados en las normas como activadores del beneficio tributario, consistente en la realización de un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional, pues está demostrado que la sociedad emisora colocó acciones a un precio superior al nominal y que capitalizó el excedente, mediante el posterior aumento del valor nominal de las acciones en circulación. No obstante, se discute si, más allá de esa nuda realidad, se requiere para el pleno reconocimiento del beneficio tributario que esté acreditado, además, el cumplimiento de la causa por la cual se tipificó el supuesto de hecho en la norma que concedió el tratamiento especial, que señaladamente consiste en aumentar, con vocación de permanencia, el capital de la entidad emisora de los títulos

participativos mediante la capitalización de la suma que haya recibido a título de prima; y si en el caso se habría atendido a dicha causa.

9.1- Según el criterio jurisprudencial vigente de la Sala, gestado en las sentencias del 30 de julio de 2020 (exp. 23545, CP: Milton Chaves García), del 29 de octubre 2020 (exp.

22968, CP: Julio Roberto Piza) y del 11 de marzo de 2021 (exp. 25203, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto), la determinación del tratamiento fiscal que se predica de una concreta operación implica valorar, junto al tipo contractual empleado y a las enunciaciones preceptivas de las partes –i.e. de lo estipulado–, los comportamientos conexos o dependientes de tales disposiciones, que se vinculan con estas para alcanzar el resultado negocial, así como las circunstancias en que surge la coligación entre los distintos negocios celebrados. Este criterio de decisión no contraría la potestad negocial que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares (artículo 1602 del Código Civil), cuyo ejercicio bien puede generar ahorros tributarios legítimos, pues nada hay que reprochar a quien elige el vehículo contractual que mejor y de manera más económica satisface su interés privado. Lo inadmisibles jurídicamente es que dicha prerrogativa de autonormación se emplee para derogar mandatos de derecho público que contienen el derecho de crédito de la Hacienda Pública, como aquel que preceptúa que para el socio es renta gravable el excedente obtenido sobre el capital invertido en acciones (artículos 30, ordinal 3.º, y 301 del ET). La conducta contraria al ordenamiento se hará patente cuando la valoración conjunta de todos los elementos que integran el tipo de negocio indique, en términos objetivos, que el interés negocial o la causa económica-individual del contrato quebranta el orden económico de la relación y, en su lugar, se obtiene una ventaja fiscal concreta. Una verificación de este estilo no requiere que se consulten circunstancias subjetivas como la «*intención*» de las partes del contrato, pues la operación económica es, por definición, una cuestión objetiva y es la que interesa a efectos de la configuración del hecho gravado.

9.2- En lo pertinente al caso, el régimen tributario de la prima por emisión de acciones debatido no se concede por la mera emisión de acciones por un valor superior al nominal, sino cuando tal circunstancia está seguida de la efectiva y perdurable capitalización de lo obtenido por la sociedad a título de «*prima*» para que sea esta entidad la que lo aproveche en su actividad empresarial, en lugar de que lo hagan los socios a través de la distribución de un rendimiento o de una utilidad por los títulos participativos en el capital social poseídos.

9.3- En esos términos, si bien está probado que en el momento en que se emitieron las acciones de la segunda sociedad (i) esta tenía pocos meses de constituida, (ii) no había generado ingresos ni gastos asociados al desarrollo de alguna actividad productiva y (iii) no había logrado valorizar 300 veces su patrimonio, no corresponde negarle la calidad de prima por emisión de acciones al sobreprecio pagado por la suscripción de los nuevos títulos puestos en circulación, pues, como concuerdan las partes, está demostrado que el precio de emisión de las acciones acordado y pagado superó su valor nominal y ese es el único requisito que el artículo 84 del Decreto 2649 de 1993 exige para atribuirle al sobreprecio la calidad de prima en emisión de acciones. Lo que no concurre al caso es que esa prima haya satisfecho la finalidad objetiva o *ratio* de la norma tributaria (artículos 36 y 36-3 del ET) para darle el tratamiento de ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional a su capitalización, como quiera que no fortaleció de manera efectiva y perdurable el patrimonio social de la emisora de las acciones en la medida en que esta no aplicó empresarialmente el monto capitalizado y fue liquidada pocos meses después. Así, los hechos probados llevan a constatar que la capitalización de la sociedad emisora de las acciones no fue el fin de las operaciones desplegadas, sino apenas un medio para incurrir en el supuesto de hecho de una norma de desgravación a efectos de capturar un

beneficio en el impuesto sobre la renta que está atado a la realización de una finalidad extrafiscal.

La evaluación integral de los acontecimientos con relevancia tributaria indica –como lo advirtió la demandada en sede administrativa– que la operación en cuestión dio lugar a un incremento neto del patrimonio de la actora, sin que se cumplieran los requisitos de fondo para acceder a la desgravación, siendo que para la época de los hechos, las previsiones de los artículos 26, 30, ordinal 3.º, y 301 del ET disponían que esa clase de transferencias patrimoniales entre sociedad y socio estarían gravadas, tributación que solo se enervaría con la producción y capitalización de una prima que acometiera las finalidades previstas en el ordenamiento, lo que no ocurrió en el caso que se enjuicia.

9.4- Como al final de cuentas la actora obtuvo un rendimiento sobre su inversión que sí está gravado con el impuesto sobre la renta, la pretensión que planteó en su demanda contraría el criterio de decisión judicial acogido por esta Sala, antes mencionado, de acuerdo con el cual no acceden a tutela jurídica los ahorros fiscales obtenidos mediante la violación de los fines de la legislación tributaria (sentencias del 30 de julio de 2020, exp. 23545, CP: Milton Chaves García; del 29 de octubre 2020, exp. 22968, CP: Julio Roberto Piza; y del 11 de marzo de 2021, exp. 25203, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto). Todo, sin que la Sala ponga en duda que es legítimo que quien bien gestiona sus negocios oriente su actividad a ponderar los efectos económicos que derivan del sistema tributario, para identificar e implementar el vehículo negocial que le sea menos oneroso, dentro de las posibilidades que verdaderamente surgen del ordenamiento. Lo que carece de juridicidad es que el ejercicio de autonomía de la voluntad se encamine a contrariar mandatos objetivos de derecho público de contenido tributario, pues, la tutela jurídica de la ordenación de los intereses privados requiere que la causa del ejercicio negocial esté alineada con las concretas finalidades que prevé la legislación. En el *sub examine*, ese requisito no se honró porque el esquema negocial en el que incurrió la actora no satisfizo las finalidades de las normas que prevén la desgravación que pretende, sino que tan solo planteó recaer dentro de esos preceptos para que actuasen como norma de cobertura con la cual desvirtuar una renta gravada por los artículos 26, 30, ordinal 3.º, y 301 del ET. Por ende, corresponde atribuirle a la operación el tratamiento fiscal propio de una transferencia patrimonial hecha de la sociedad al socio en exceso del capital invertido.

10- En esa medida, la Sala encuentra procedente el cargo de apelación formulado por la demandada, de acuerdo con el cual su contraparte habría omitido declarar el ingreso no operacional que recibió en la liquidación parcial de la primera sociedad, dado que el valor de las acciones que obtuvo a título de reintegro de capital supero el monto de su aporte y se encontraba gravado. Lo anterior por cuenta de que, al quedar desvirtuada la aplicación del precepto contenido en el artículo 36 del ET vigente para la época, no era cierto para el caso que lo recibido en el momento de la referida liquidación tuviese una valoración restringida al valor nominal de las acciones recibidas, sino que correspondía al valor pagado para su adquisición por parte de la sociedad suscriptora de las acciones. De ahí que la Sala avale la adición del ingreso no operacional atribuido en los actos demandados, por concepto de liquidación parcial de la mencionada sociedad. Sin embargo, solo se podrá dictar sentencia de segunda instancia sobre la juridicidad de los actos acusados tras valorar los restantes cargos de la demanda sobre los cuales no tuvo que pronunciarse el *a quo* para dictar sentencia, a lo cual se procede.

11- La actora reprochó en el escrito de demanda que la autoridad desconociera que las transacciones descritas constituían «*un mismo hecho económico*» y, en su lugar, les atribuyera el «*doble efecto*» de producir ingresos tanto en el momento en que recibió las

acciones que le fueron cedidas por la liquidación parcial de la primera sociedad, como en la capitalización de la prima por emisión de acciones adelantada por la entidad emisora de los títulos participativos en el capital social. Adujo que la decisión de adicionar un ingreso no operacional y de excluir el carácter no constitutivo de renta de la ganancia realmente obtenida se fundó en un equivocado entendimiento de la operación económica y, en consecuencia, vició la actuación de falsa motivación.

11.1- Si bien las circunstancias juzgadas llevarían a desconocer en el caso los efectos de la aplicación del artículo 36-3 del ET, tanto como del artículo 36 *ibidem*, es lo cierto que ese análisis no puede propiciar un grado de tributación superior al que le correspondería a la efectiva capacidad económica involucrada en la operación. Al respecto resulta pertinente traer a colación la advertencia hecha por la Sala en el tercer fundamento jurídico de la sentencia dictada el 12 de junio de 2019 (exp. 23053, CP: Julio Roberto Piza), en el sentido de que «*para constatar eventuales ahorros fiscales contrarios al ordenamiento, se requiere adelantar un análisis de la operación desplegada en su completitud, no en sus aspectos parciales*», del que debe surgir, más allá de una anomalía en el ejercicio de autonomía de la voluntad «*una tributación inferior a la que correspondería*», pues en ausencia de ese ahorro fiscal nada habría que reprochar, desde el punto de vista tributario a la operación negocial. Por ese motivo, el criterio de decisión judicial de la Sala es el de que la autoridad de impuestos «*no se debe limitar al cuestionamiento sobre la forma jurídica o las circunstancias en que se cumplió el negocio, pues es indispensable que los contratos, hechos o circunstancias afecten indebidamente la determinación de la carga fiscal*» (sentencia del 24 de febrero de 2022, exp. 24278, CP: Myriam Stella Gutiérrez Argüello).

11.2- Siguiendo ese postulado, se observa en el caso que se juzga que, una vez que se había regularizado el ahorro tributario impropio que se obtuvo sobre el ingreso no operacional realizado por la actora con ocasión de la liquidación parcial de la primera sociedad en la que invirtió, perdía objeto desconocer el ingreso no constitutivo de renta declarado como resultado de que se le distribuyó proporcionalmente la prima por emisión de acciones que había percibido la segunda sociedad al colocar los títulos participativos en su capital, pues, vista la operación en su completitud, la actora no estaba percibiendo en ese segundo momento un incremento patrimonial nuevo o diferente al ya gravado al recibir con la liquidación parcial de la primera sociedad un monto superior al invertido en su capital. De no reconocerse esa realidad, se produciría el «*doble efecto*» reprochado por la demandante, pues la conciliación contable-fiscal demuestra que sí incluyó como ingreso gravado el obtenido por la capitalización de la prima de emisión, para después afectarlo con el monto del ingreso no constitutivo de renta (ff. 40 y 48).

11.3- Por ende, corresponde modificar los actos acusados para fijar los ingresos brutos en la suma de \$52.736.794.000, los ingresos no constitutivos de renta en \$7.251.466.000 y, como consecuencia, los ingresos netos en cuantía de \$45.485.328.000. Procede en esos términos el cargo de nulidad planteado en la demanda.

12- De otra parte, planteó la actora en la demanda que las conductas sometidas a juicio fueron desplegadas por terceras compañías, razón por la cual los efectos de la operación glosada solo podrían imputársele a las entidades intervinientes en los respectivos actos societarios, sin que la autoridad pudiese modificarle la declaración del impuesto sobre la renta objeto de revisión en los actos demandados. Este cargo parte de un presupuesto conceptual equivocado, pues considera que la tributación es la consecuencia adversa que surge de la realización de una conducta en la cual se ha tenido una participación consciente, directa y demostrable. Esa idea es errónea porque los impuestos, como

categoría jurídica, consisten en prestaciones pecuniarias exigidas a los sujetos pasivos como consecuencia de la realización de un supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir por ser representativo de la existencia de una capacidad económica. Por ende, se trata de figuras con finalidad financiera pública, de orden coactivo, que no dependen de la valoración sobre la bondad de una conducta, sino de la realización del supuesto de hecho demostrativo de la capacidad económica, independientemente del grado de voluntariedad con el que se incurra en dicho hecho generador. De modo que,

una vez que se ha realizado el hecho generador, surge la obligación tributaria, sin otras consideraciones relativas a la voluntad con la que se ha actuado. Las intenciones y propósitos internos de los involucrados en la estructuración de un negocio carecen de relevancia para asignar las consecuencias jurídico-tributarias. La tesis que plantea el cargo de la demanda contraría los mandatos y funciones del ordenamiento fiscal, que se restringe a establecer el listado de circunstancias objetivas que dan lugar a imposición, conforme a la capacidad económica de los sujetos pasivos, al margen de elementos psicológicos que solo tienen trascendencia a efectos de fijar las consecuencias punitivas derivadas de las conductas típicas en las que hayan incurrido los agentes. No procede el cargo de nulidad.

13- Adicionalmente, en la demanda, la actora plantea que eran improcedentes las alegaciones expuestas al fallar el recurso de reconsideración relativas al levantamiento del velo corporativo, porque realizó las operaciones de la litis según las normas vigentes; y porque su contraparte omitió el procedimiento previsto en el artículo 794-1 del ET para desestimar su personalidad jurídica y habría desconocido la regla de correspondencia del artículo 711 *ibidem* al traerlo a colación al final del procedimiento administrativo. Por su parte, la demandada aduce que únicamente se refirió a ese asunto a efectos de ilustrar las competencias que derivaban de la potestad de fiscalización, pero sin aplicarlo al caso. Conforme a esas alegaciones, pasa la Sala a estudiar si deriva alguna nulidad de las consideraciones expuestas en la resolución por medio de la cual se decidió el recurso de reconsideración interpuesto, relativas al levantamiento del velo corporativo.

13.1- El artículo 869-2 del ET (adicionado por el artículo 124 de la Ley 1607 de 2012) faculta a la Administración para levantar el velo corporativo de las entidades que sean utilizadas o participen en conductas abusivas por decisión de los accionistas; y el artículo 794-1 *ibidem* (adicionado por el artículo 142 de la Ley 1607 de 2012), prevé que cuando una sociedad se utilice para «*defraudar a la administración tributaria o de manera abusiva como mecanismo de evasión fiscal, ... los accionistas que hubiere realizado, participado o facilitado los actos de defraudación o abuso de la personalidad jurídica de la sociedad, responderán solidariamente ... por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados*».

Observa la Sala que lo preceptuado en esas normas no está relacionado con el tema de la litis, porque esas disposiciones consagran la potestad con la que cuenta la autoridad de impuestos para exigir a los socios el cumplimiento de las obligaciones fiscales de la persona jurídica, lo cual no ocurrió en los actos acusados, por medio de los cuales se establecieron las consecuencias tributarias aplicables un conjunto de transacciones que reflejaron sus efectos en el patrimonio de la propia demandante, al margen de lo que hubiese podido ocurrir con las compañías en las cuales esta poseía participaciones. Bajo esas circunstancias, aunque en la resolución que decidió el recurso de reconsideración contra la liquidación oficial acusada la demandada indicó que entre las facultades de control dadas para la gestión de los impuestos estaba la de «*levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario para determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta, sin que ello implique violación de los*

principios constitucionales y legales» (f. 497 vto.), esa potestad no se ejerció en la actuación administrativa que se juzga, pues la autoridad fiscal fundó la glosas en el resultado obtenido por la demandante del esquema negocial implementado, al cual le atribuyó las consecuencias jurídicas que correspondían frente a las finalidades de las normas fiscales, pero sin imputarle las obligaciones correspondientes a las sociedades en las que tenía participación e intervinieron en dicha operación. No prospera el cargo de nulidad.

14- Decididos los cargos de apelación y de nulidad planteados por las partes respecto de las glosas cuestionadas, debe estudiarse la procedencia de la sanción por inexactitud impuesta a la demandante. Según el artículo 647 del ET, constituyen inexactitud sancionable, entre otras conductas, la omisión de ingresos gravados y la inclusión de aminoraciones improcedentes, de las cuales resulte un menor impuesto a cargo o un mayor saldo a favor, a menos de que concurra alguna circunstancia constitutiva de un error de apreciación sobre el derecho aplicable (que no sobre los hechos del caso) que actúe como causal de exoneración punitiva en la medida en que excluye la conciencia del agente sobre la antijuridicidad de su conducta al autoliquidar inexactamente la obligación tributaria. Pero la mera invocación de la falta de antijuridicidad no basta para eximir del reproche punitivo, como tampoco la ausencia de ánimo de defraudar al fisco, pues la exoneración de la sanción supone que esté probado en el expediente la concurrencia del error como causal exculpatoria (sentencia del 11 de junio de 2020, exp. 21640, CP. Julio Roberto Piza).

Así, en la medida en que está demostrada la conducta típica (*i.e.* la omisión de ingresos no operacionales en la declaración revisada), pero no se sustentó argumentativamente, ni se demostró, la causal de exculpación alegada, la Sala avalará la imposición de la sanción por inexactitud a la demandante. Con todo, dado que el artículo 288 de la Ley 1819 de 2016 redujo el porcentaje de la sanción del 160% al 100%, procede, de conformidad con el principio de favorabilidad en materia punitiva (artículo 29 Superior), reducir la multa que fue impuesta en los actos demandados. El monto de la sanción procedente se calcula así:

| Factor | Valor |
|--|-----------------|
| Saldo a pagar autoliquidado antes de sanciones | \$24.628.000 |
| Saldo a pagar determinado antes de sanciones | \$2.413.293.000 |
| Base de la sanción por inexactitud | \$2.388.665.000 |
| Porcentaje | 100% |
| Sanción por inexactitud | \$2.388.665.000 |

15- En definitiva, considerando el cargo de apelación de la demandada que prosperó, la liquidación del impuesto sobre la renta a cargo de la actora por el año gravable 2009 se calcula así:

| Concepto | Demandante | Demandada | Sentencia |
|--|------------------|------------------|------------------|
| Ingresos brutos operacionales | \$43.208.687.000 | \$43.208.687.000 | \$43.208.687.000 |
| Ingresos brutos no operacionales | \$839.158.000 | \$10.706.158.000 | \$10.706.158.000 |
| Intereses y rendimiento financiero | \$8.688.949.000 | \$8.688.949.000 | \$8.688.949.000 |
| Total ingresos brutos | \$52.736.794.000 | \$62.603.794.000 | \$62.603.794.000 |
| Devoluciones, descuentos y rebajas | \$0 | \$0 | \$0 |
| Ingresos no constitutivos de renta ni G.O. | \$17.150.126.000 | \$7.251.466.000 | \$17.150.126.000 |
| Total ingresos netos | \$35.586.668.000 | \$55.352.328.000 | \$45.453.668.000 |
| Total costos | \$12.599.659.000 | \$12.599.659.000 | \$12.599.659.000 |
| Total deducciones | \$22.758.527.000 | \$22.758.527.000 | \$22.758.527.000 |
| Renta líquida | \$228.482.000 | \$19.994.142.000 | \$10.095.482.000 |
| Renta líquida gravable | \$228.482.000 | \$19.994.142.000 | \$10.095.482.000 |
| Renta presuntiva | \$2.857.104.000 | \$2.857.104.000 | \$2.857.104.000 |
| Impuesto sobre la renta gravable | \$942.844.000 | \$6.598.067.000 | \$3.331.509.000 |
| Total impuesto a cargo | \$942.844.000 | \$6.598.067.000 | \$3.331.509.000 |
| Anticipo por el año gravable | \$738.979.000 | \$738.979.000 | \$738.979.000 |
| Total retenciones | \$443.185.000 | \$443.185.000 | \$443.185.000 |

| | | | |
|--|---------------|------------------|-----------------|
| Anticipo por el año gravable siguiente | \$263.948.000 | \$263.948.000 | \$263.948.000 |
| Saldo a pagar por impuesto | \$24.628.000 | \$5.679.851.000 | \$2.413.293.000 |
| Sanciones | \$0 | \$9.048.357.000 | \$2.388.665.000 |
| Total saldo a pagar | \$24.628.000 | \$14.728.208.000 | \$4.801.958.000 |
| Total saldo a favor | \$0 | \$0 | \$0 |

16- Atendiendo a las consideraciones expuestas, la Sala modificará la sentencia apelada para avalar la adición del ingreso no operacional y del correspondiente impuesto llevada a cabo en los actos demandados, así como la imposición de la sanción por inexactitud en los términos expuestos anteriormente.

17- Resta decidir sobre la condena en costas impuesta a la demandada por el *a quo*. Según el artículo 365.8 del CGP, solo «*habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*». En vista de que en el expediente no existe prueba de su causación, la Sala revocará la condena en costas dictada por el tribunal y se abstendrá de imponerlas en segunda instancia.

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

FALLA

1. Modificar la sentencia apelada. En su lugar:

Primero: Declarar la nulidad parcial de los actos acusados.

Segundo: A título de restablecimiento del derecho, establecer como liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2009 a cargo la demandante, la contenida en la parte motiva de la sentencia de segunda instancia y fijar la sanción por inexactitud en la suma de \$2.388.665.000.

2. Sin condena en costas en ambas instancias.

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

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

| | |
|---|---|
| (Firmado electrónicamente) JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ Presidente | (Firmado electrónicamente) STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO |
| (Firmado electrónicamente) MILTON CHAVES GARCÍA | (Firmado electrónicamente) MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO |