

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

**Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO
DE VALENCIA**

Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

Radicación: 25000-23-27-000-2011-00324-01 [20922]

Actor: BANCO SANTANDER S.A. S.A.
(NIT. 800.141.426-0)

Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

Impuesto sobre la renta – año gravable 2007

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada, contra la sentencia del 21 de noviembre 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección “B”, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

La parte resolutive del fallo apelado dispuso:

«PRIMERO. Decretar la nulidad de la Liquidación de Revisión N° 900008 del 9 de junio de 2010, expedida por la División de Gestión de Liquidación

de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá y de la Resolución N° 900112 del 6 de julio de 2011, proferida por la Subdirección de Gestión de Recursos Tributarios de la Dirección de Gestión Jurídica.

*Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se declara en firme la declaración privada del impuesto sobre la renta y complementarios presentada por el demandante por el período gravable 2007.
(...)».*

ANTECEDENTES

El 19 de septiembre de 2007, el Banco Santander Central Hispano S.A. presentó la declaración de renta por cambio de titular de inversión extranjera, por la venta de 5.784 acciones que poseía en la sociedad TELEALCA S.A. EN LIQUIDACIÓN. En la declaración liquidó un ingreso por ganancia ocasional (renglón 70) por la suma de \$687.214.000 y en el renglón 71 correspondiente a “Costos y deducciones por ganancias ocasionales” liquidó el mismo valor, para un total de impuesto de ganancias ocasionales de cero (0)¹.

El 14 de septiembre de 2009, mediante requerimiento especial 900019, la DIAN propuso modificar la declaración presentada por el Banco, al considerar que el precio de venta declarado por la venta de las acciones no correspondía al valor comercial, el cual en su concepto era el valor intrínseco de las acciones teniendo en cuenta el patrimonio líquido de la sociedad TELEALCA². El contribuyente dio respuesta oportuna al requerimiento³.

Mediante la Liquidación Oficial de Revisión N° 900008 del 9 de junio de 2010, la DIAN mantuvo la glosa formulada y determinó que el valor de mercado de las

¹ Fl. 54 c.a. 3.

² Fls. 530 a 561 c.p. 2

³ Fls. 562 a 585 c.p. 2

acciones y por el cual debió declararse el precio de enajenación era de \$51.516.622.524, que disminuído en el 25%, como rango permisible de dispersión sobre el promedio del mercado, contemplado en el artículo 90 E.T., arrojaba un costo presunto de \$38.637.466.893. Por lo anterior la DIAN adicionó ingresos por ganancias ocasionales por la suma de \$37.950.253.000⁴, un impuesto a pagar de \$12.825.498.020 y una sanción por inexactitud de \$20.520.797.000⁵.

Contra la liquidación oficial de revisión, el contribuyente interpuso recurso de reconsideración⁶, el cual fue decidido mediante la Resolución 9000112 del 6 de julio de 2011, que confirmó el acto recurrido⁷.

DEMANDA

BANCO SANTANDER S.A., en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó la nulidad de la liquidación oficial de revisión y de la resolución que decidió el recurso de reconsideración. A título de restablecimiento del derecho, pidió que se declare la firmeza de la declaración privada y que no está obligada a pagar suma alguna por concepto de impuesto ni de sanción pecuniaria. Además, solicitó que *«en cualquier caso, se anulen las disposiciones de los actos demandados por los cuales se impone una sanción pecuniaria “por inexactitud”, por no corresponder a la realidad fáctica ni encajar en la hipótesis sancionable»*.

Las normas invocadas como violadas son:

- Artículo 29 de la Constitución Política.

⁴ Teniendo en cuenta que la demandante había declarado en este renglón la suma de \$687.214.000.

⁵ Fls. 687 a 727 c.p. 2

⁶ Fls. 771 a 795 c.p. 2

⁷ Fls. 912 a 925 c.p. 2

- Artículos 403 y 407 del Código de Comercio
- Artículos 26, 36, 90, 272, 273, 300 y 647 del Estatuto Tributario.

En relación con los hechos que dieron origen a la actuación administrativa, la demandante explicó que el 29 de septiembre de 1995 adquirió 5.748 acciones privilegiadas Clase A de la sociedad TELEALCA S.A., por valor de \$289.200.000, cuyas condiciones especiales en cuanto a la prioridad en el pago de dividendos o utilidades y la limitación en el monto que tenían derecho a recibir al momento de liquidación de la compañía quedaron pactadas en los estatutos. El 9 de diciembre de 2004, TELEALCA fue liquidada y, de acuerdo con las reglas estipuladas y la forma en que debía calcularse el valor de venta, las acciones fueron vendidas a la sociedad ASESА por \$687.214.000, suma que es objeto de cuestionamiento por la DIAN.

Como concepto de violación expuso, en síntesis, lo siguiente:

1. Violación del artículo 647 del Estatuto Tributario

La Administración puede hacer uso del artículo 90 E.T. cuando el contribuyente haya pactado un precio notoriamente inferior al del mercado, ante lo cual se puede fijar otro precio mediante el procedimiento administrativo reglado. Sin embargo, el legislador no ha previsto una sanción adicional, toda vez que desconocer un valor realmente recibido y pactado de buena fe y liquidar los impuestos sobre otro superior, ya involucra una carga contributiva adicional de carácter punitivo, que grava una capacidad económica artificial o inexistente.

No obstante lo anterior, la Administración decidió acudir al artículo 647 E.T., que no es procedente, porque la conducta del contribuyente no encuadra dentro de los presupuestos de dicha norma, independientemente de la conclusión a la que se llegue

sobre el precio de venta de las acciones. El actor denunció en su declaración del impuesto sobre la renta y complementarios, hechos y cifras completas y verdaderas relativas a un contrato de compraventa de unas acciones con derechos limitados en la sociedad TELEALCA, tal y como se acredita con el abundante material probatorio que obra en los antecedentes administrativos, por tanto, no existe en este caso “inexactitud” y mucho menos un hecho sancionable, pues no existió omisión de ingresos.

Si se declaran ingresos reales pero luego son sustituidos por la Administración en la liquidación oficial, a través de cifras estimadas de ingresos no puede predicarse omisión. El proceso de presunción de precios de mercado es incompatible con una infracción omisiva, debido a que los declarables son los ingresos realizados, no los calculados teóricamente por la DIAN, pues es imposible para el contribuyente incluir el cálculo del precio presunto realizado en años anteriores por parte de las autoridades en su declaración privada.

En el *sub judice*, en los procedimientos administrativos seguidos por la DIAN, no se ha calificado la operación de venta como inválida o fraudulenta ni se ha tachado su origen estatutario y convencional. La opción de compra por ALCATEL a un precio prefijado equivalente al reembolso del capital invertido descarta todo enriquecimiento, por coincidir con el valor de la inversión. La existencia de dividendos dentro del plazo de la inversión originados en las utilidades de la sociedad TELEALCA, gravadas en su cabeza, excluyen toda idea de fraude, pues si el Banco hubiera hecho un préstamo corriente a TELEALCA, en lugar de una inversión con opción de venta, como ocurrió, los intereses hubieran sido deducibles para TELEALCA mientras que los dividendos no lo son.

Para el actor, la operación de inversión resultaba neutra, porque los intereses para operaciones nacionales, como ocurría con el proyecto que realizó TELEALCA, no

hubieran sido gravables en Colombia, al tenor del artículo 25 E.T., vigente para la época, luego no existe en toda la operación un menor impuesto en la operación acordada, que se hizo con un móvil económico legítimo y no defraudatorio.

En relación con el precio de venta de las acciones, el artículo 90 del Estatuto Tributario debe entenderse como un mecanismo excepcional en la evaluación de las transacciones económicas entre particulares, porque en virtud del principio constitucional de la buena fe, el Estado no puede presumir que el precio fijado por las partes sea inexistente o fraudulento para fijar uno superior. Esta no es una transacción entre vinculados, porque el Banco es completamente ajeno a ASES, no tienen una matriz común ni unidad de propósito que les indujera a pactar un precio menor al de mercado. La misma norma indica que es deber de la Administración desvirtuar la presunción de buena fe y transparencia en las transacciones entre particulares, lo cual tiene lugar después de una investigación administrativa con un estudio de precios de mercado.

Teniendo en cuenta que la enajenación cuenta con un objetivo negocial claro, como era recuperar la inversión después de decretarse la disolución de la sociedad y obtener unos dividendos preestablecidos que reemplazan los pagos por intereses, no hay lugar a invalidar la operación, so pretexto de una intención negocial oculta, realizada con el fin de defraudar al fisco. Es antijurídico pretender sancionar la conducta simple de vender cuando se realizó por un precio dentro del rango admisible, no inexacto.

Cuando las diferencias obedecen al empleo de un método de valuación, atribuido a la función pública tributaria, la DIAN no puede liquidar sanción por inexactitud porque, tratándose de un precio presunto, no podía el contribuyente conocer anticipadamente

el valor estimado por la Administración y menos que ésta equipararía sus acciones híbridas a las de los accionistas comunes con participación en el patrimonio.

Como lo ha sostenido el Consejo de Estado, la sanción por inexactitud no procede cuando no se dan los presupuestos normativos para imponerla, es decir, que no hay sanción ante la inexistencia de ánimo doloso o defraudatorio en la denuncia tributaria del contribuyente, ni tampoco por errores de apreciación o diferencias de criterio en la interpretación del derecho aplicable.

La utilización de un sistema de valoración de los activos enajenados en lugar de otro supuestamente más adecuado según la DIAN, implicaría a lo sumo, una diferencia de criterios en la aplicación de los sistemas de valoración de las acciones, diferencia que no es sancionable a la luz del artículo 647 E.T. El Banco probó plenamente cuál fue el valor por el cual las acciones privilegiadas tipo A fueron vendidas, no solo con el contrato de venta, sino con la prueba de la transferencia de los recursos. Fue la DIAN la que no allegó ningún tipo de prueba para desvirtuar lo anterior.

2. Violación de los artículos 90 del Estatuto Tributario incisos 4 y 5, 403 y 407 del Código de Comercio y 29 de la Constitución Política.

El artículo 90 E.T. establece parámetros para determinar la realidad económica en la venta de activos fijos, de tal manera que, en caso de presentarse un fraude al fisco por mostrar un precio aparente, simulado o simplemente alejado de la realidad, la Administración cuente con suficientes elementos para fijar otro precio, para efectos fiscales, mediante una indagación previa de los precios promedio de mercado, dependiendo del tipo de activos en cuestión.

Para que la DIAN pueda dar aplicación a la norma, se deben cumplir, los siguientes presupuestos: a) debe remitirse al valor de la enajenación originariamente pactado, es decir en este caso, si el contrato contiene un precio que no refleja las condiciones

específicas de mercado de los activos transados; b) establecer los precios comparables en el mercado que compradores independientes pagaron o pagarían por bienes de las mismas características en la fecha de enajenación; c) en caso de no existir precios comparables en el mercado, la DIAN deberá valorar el activo de acuerdo con una metodología aceptable por el mercado dependiendo las características específicas del activo; d) si el promedio de mercado o el precio resultante de la valoración técnica resulta notoriamente superior al precio pactado en más de un cuartil, la DIAN puede tomarlo como prueba de “valor fiscal del negocio” y liquidar los tributos con base en ese precio.

Lo anterior supone que la DIAN debe desplegar una actividad probatoria suficiente y pertinente para eventualmente desvirtuar la veracidad de la operación realizada entre las partes. Dada la presunción de buena fe y la presunción de veracidad de la declaración, compete a la Administración la glosa razonada del precio a través de una valoración técnica o de un término de comparación adecuada.

La regla general parte del reconocimiento del contrato y del respeto a la autonomía de la voluntad de las partes para fijar el precio en todo negocio y de la libertad económica que permite estipular diversas modalidades de precio válido comercialmente. El precio de enajenación es el valor comercial y éste es el señalado por las partes, a menos que la Administración cuente con evidencia técnica de que el valor señalado por las partes difiere significativamente de los valores de mercado determinados para transacciones de bienes en condiciones similares a la examinada.

La noción de “valor comercial” o “valor de mercado” equivale al precio o contraprestación media pactada para las transacciones de bienes o servicios de la misma especie o muy similares, en condiciones de libre competencia. En este caso, el valor de mercado debe fijarse a través de la comparación de los precios pactados por instrumentos híbridos con los mismos o similares derechos a los conferidos por

las acciones Clase A de TELEALCA o en ausencia de dichos comparables, a través de la valoración técnica con la fórmula del valor presente de flujos que se utiliza en el mercado para establecer el precio de este tipo de activos.

En contravía del mandato legal, la DIAN prefirió abstraerse de las circunstancias concretas del caso y aplicó el método de valor intrínseco propio de las acciones ordinarias sin atender al hecho probado de que las enajenadas no eran “ordinarias o comunes” sino de participación limitada en dividendos y reembolso de capital invertido, no patrimoniales, con pacto de opción de compra a favor de ASESa bajo ciertas condiciones que están relatadas en los actos mercantiles que fueron aportados desde la vía gubernativa.

El valor intrínseco puede ser un referente del valor real de las acciones comunes u ordinarias, que no se cotizan en bolsa. El valor intrínseco no es una metodología técnicamente aceptada para evaluar acciones preferentes y otros instrumentos financieros híbridos, pues no permite tener en cuenta otros factores inherentes a los títulos, que resulten determinantes del valor.

La valoración de las acciones preferentes es mucho más compleja que simplemente obtener su valor intrínseco contable por medio de una operación matemática de registros patrimoniales en relación con las acciones en circulación, como lo explica claramente la opinión técnica, anexa a la demanda. En este caso, el factor que afecta en mayor medida el precio, es la limitación de los derechos de participación en el patrimonio residual de la compañía, pues es de la naturaleza de las acciones preferentes, otorgar participación en el patrimonio únicamente hasta concurrencia del capital aportado. Adicionalmente, factores como el riesgo del negocio y de recuperación del valor del título influyen en el valor de mercado.

El método del valor intrínseco para evaluar el precio de las acciones tipo A de TELEALCA es absolutamente antitécnico e inconstitucional, puesto que contraría la justicia tributaria, la igualdad y la equidad, principios consagrados en los artículos 13, 95-9 y 363 de la Carta, al otorgar el mismo valor y tratar como iguales acciones que eran evidentemente desiguales, como se desprende de su propia categorización estatutaria en tres tipos de acciones con sus correspondientes derechos y limitaciones, así: 1) *169.979 acciones preferentes clase A*: 11.784 suscritas y desglosadas en: 5.784 del Banco Central Hispano hoy Banco Santander, 2000 de Inversiones Ramoresa; 2000 de inversiones MJ S.A. y 2000 de la Fundación Nelly Ramírez Moreno; 2) *una acción privilegiada clase B*: propiedad de ASESА (Alcatel Standard Eléctrica S.A.) y 3) *Veinte (20) acciones ordinarias clase C*: propiedad de ASESА.

Según los estatutos reformados, las acciones tipo A daban lugar a recibir un dividendo limitado al «rendimiento» financiero como lo indica el artículo 59 de los estatutos, de manera que éste no fuera superior al 22% anual efectivo acumulado, liquidado sobre el valor pagado por dichas acciones. Al tiempo de la liquidación de la sociedad, las acciones daban lugar al «reembolso del valor nominal» y a la distribución de los dividendos pendientes limitada al 22% pactado.

A pesar de denominarse acciones, de manera contraria con lo que ocurre financieramente con las acciones no híbridas, a las acciones tipo A no se les reconocía el dividendo pleno ni el reparto proporcional del patrimonio de la compañía al tiempo de la liquidación. Por el contrario, éstas tenían prefijado un mecanismo de enajenación y de fijación del precio, de manera que se protegía a quien ejercía la titularidad de las acciones comunes, atribuyéndose a los accionistas tipo B y C el gozo total de las utilidades, excedentes o remanentes resultantes de su gestión.

El acuerdo de accionistas prueba ciertas limitaciones de estas acciones que demuestran su carácter híbrido. Una de ellas es que hay un preacuerdo de venta u opción irrevocable a favor de ASESА en el acuerdo de accionistas por el cual los accionistas tipo A se comprometen a vender a ASESА las acciones según un precio estipulado, que consistía en el reembolso de capital más rendimientos efectivos del 22% anual acumulado. Por su parte, en el artículo 20, se diferencian los derechos de las acciones, se señala claramente que se reembolsa el valor nominal de las acciones tipo A junto con el rendimiento previsto en el artículo 64.

Por las diferencias entre las acciones denominadas preferentes o privilegiadas y las comunes, es claro que la cifra del patrimonio neto no era el parámetro adecuado para valorar una acción que no tiene derechos patrimoniales distintos de un dividendo prefijado y un reembolso de capital invertido. La DIAN invoca erróneamente los artículos 379, 403, 406 y 407 C. Co., para concluir que el precio de las acciones clase A no podía estipularse en los estatutos sociales y que éste solo podía corresponder a aquel que se acordara libremente en el momento de la venta.

No pueden descartarse las estipulaciones contractuales en las cuales se establece que sus titulares sólo tendrán derecho a recibir el valor de adquisición más una utilidad previamente determinada, para sostener que el precio de la acción para efectos tributarios era mayor.

La afirmación de la DIAN equivale a desconocer la posibilidad de emitir instrumentos híbridos como herramientas de financiación en una empresa, cuando esta es una operación legal, razonable y frecuente en el mercado colombiano. Con esa afirmación, la DIAN desconoce que el artículo 379 C.Co. no tiene el carácter de norma imperativa, razón por la cual los socios de TELEALCA S.A. tenían la facultad de pactar en los estatutos sociales una estipulación distinta en la cual se limitarían los derechos

de los titulares de acciones preferenciales clase A, al igual que cualquier empresario colombiano que busca lograr financiación para su actividad sin tener que acudir al endeudamiento puro y sin tener que renunciar a la gestión autónoma de los asuntos de la sociedad y a la utilidad residual.

La DIAN desconoció que el estatuto social es un contrato en el cual las estipulaciones que los rigen pueden pactarse libremente, para adoptar los tipos contractuales predeterminados por la ley o para conformar los denominados contratos atípicos, todo lo cual no es más que un desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad.

En la medida en que el artículo 379 C.Co., no dispone que la regulación que allí se consagra, en relación con los derechos de los titulares de las acciones, sea imperativa ni se prohíbe que los particulares puedan pactar estipulaciones distintas para regular esta materia, debe entenderse que se trata de una norma legal supletiva, por tanto, conforme al artículo 4º C.Co., prevalecen las estipulaciones contractuales.

Precisado entonces que el derecho de los accionistas de las sociedades anónimas previsto en el numeral 5º del artículo 379 C.Co., no es un derecho que imperativamente deba entenderse pactado en dichas sociedades sino que es posible acordar estipulaciones que lo excluyan o se aparten del mismo y establezcan limitaciones a los accionistas en relación con su derecho a recibir parte de los activos sociales al momento de la liquidación, es claro que de la norma no puede deducirse que el valor de las acciones en la sociedad anónima deba ser siempre aquel que corresponda a la parte proporcional de los activos sociales.

Los titulares de las acciones clase A en el momento de la liquidación solo tendrían derecho a recibir el mismo valor pagado por las acciones más una utilidad acumulada del 22% anual, por tanto, para tales accionistas, se pactó un derecho totalmente

distinto al previsto en el numeral 5ª del artículo 379 C. Co. En este caso, los titulares de tales acciones no tenían derecho «*a recibir una parte proporcional de los activos sociales al tiempo de la liquidación y una vez pagado el pasivo externo de la sociedad*». Por lo tanto, el valor comercial de su acción no podía corresponder al valor intrínseco de la misma determinado a partir de un derecho que los titulares de estas acciones no tenían, porque el numeral 5ª del artículo 379 (norma supletoria) fue derogada por las partes al establecer los derechos de sus titulares.

Las acciones privilegiadas o preferentes están concebidas en nuestra normativa como un instrumento que permite a las sociedades obtener recursos financieros, razón por la cual, su característica esencial es el otorgamiento de ventajas patrimoniales a sus titulares a cambio de su ausencia en la participación de la sociedad, mediante la renuncia o disminución de los derechos políticos.

En este caso, el precio y la forma de pago fueron fijados por los interesados (el Banco y los demás titulares de acciones clase A y la sociedad titular de las acciones B y C (ASESA), pues en el acuerdo de accionistas se incluyó expresamente una oferta irrevocable de venta y una oferta irrevocable de compra de las acciones y se establecieron las condiciones de esta operación.

La DIAN no tuvo en cuenta: a) que en los estatutos de la sociedad estaban estipuladas las limitaciones a los derechos de los titulares de acciones clase A; b) que en el acuerdo de accionistas los interesados fijaron las condiciones económicas (la manera de determinar el precio) de dicha operación; c) que estas estipulaciones hacían inmodificable el precio y las condiciones de ejercicio de los derechos de los accionistas tipo A; y d) solamente si la sociedad hubiera tenido inscritas sus acciones en bolsa de valores, se tendría por no escrita la cláusula que consagre cualquier

restricción a la libre negociabilidad de las acciones, pero ese no era el caso de TELEALCA S.A.

Por otro lado, el artículo 90 E.T. exige a la Administración la realización de una comparación de los precios de mercado de bienes equivalentes con el señalado por las partes, con el fin de determinar la posibilidad de desconocer para efectos fiscales el precio señalado por las partes y ajustarlo fiscalmente a condiciones reales de mercado. Dicha norma requiere que se compare el precio pactado por el contribuyente con el precio establecido en el comercio para los bienes de la misma especie y calidad, teniendo en cuenta la naturaleza, condiciones y estado de los activos.

No obstante de manera antitécnica y antijurídica, la DIAN desconoció el precio de mercado pactado en la transacción y acudió a una metodología independiente, por lo demás completamente inadecuada, para valorar acciones preferentes híbridas con opciones de *put* y *call*, lo cual pretermite un paso necesario para la determinación del precio de mercado.

La Administración desecha las pruebas simplemente porque no le conviene a sus intereses fiscalistas, pese a provenir de terceros no vinculados al Banco Santander que también vendieron sus acciones. El resultado de comparar el precio pactado entre Santander y ASESА frente a los comparables internos (accionistas Tipo A) arroja una conclusión clara: el precio comercial o de mercado de las acciones vendidas por el Banco Santander no difiere notoriamente del precio pactado por las partes. Por el contrario, la diferencia del 1.63% en el precio, es mínima y responde a diferencias cambiarias.

La competencia otorgada por el artículo 90 E.T., le permite al funcionario determinar la magnitud del ingreso fiscal, para ello basta con verificar el valor realizado por el

beneficiario y cruzarlo con el registrado por el pagador, que será estimable en moneda legal colombiana. Dicho valor en este caso, aparece probado en el comprobante de la transferencia bancaria electrónica en Citibank.

Un indicio de veracidad del valor de la negociación estipulada contractualmente se presenta cuando los valores reportados a la Administración, de una parte como ingreso y de otra como egreso, por dos sujetos pasivos independientes, que tienen intereses contrapuestos, dada la bilateralidad del contrato, coinciden plenamente.

3. Falsa motivación

El acto administrativo de liquidación es anulable, pues no obstante que se allegó copia de la escritura pública 2279 de la Notaría 16 de Bogotá, en la que se protocoliza la reforma de los estatutos sociales de TELEALCA S.A. y se establecen las limitaciones de las acciones tipo A de las cuales era titular el Banco Santander, la DIAN omitió considerar este supuesto fáctico y sustentó su decisión en un fundamento que no es real y que consiste en considerar que todas las acciones de la sociedad tenían un precio idéntico, a pesar de contar con derechos distintos.

Como se demuestra con el dictamen pericial aportado, de las limitaciones estatutarias estipuladas con relación a las acciones Tipo A de TELEALCA se concluye que éstas se asemejan más a un instrumento de deuda, como los bonos, que a una acción ordinaria, porque tienen como objetivo garantizar un rendimiento fijo como retorno de la inversión a cambio de la cesión de derechos políticos. Al ignorar las pruebas que demuestran esa naturaleza particular de las acciones, la DIAN incurrió en falsa motivación.

4. Violación de los artículos 36, 272 y 273 del Estatuto Tributario

La actuación de la Administración violó la normativa invocada por incluir en la base patrimonial para fijar «el valor intrínseco» una partida de revalorización patrimonial que no había sido capitalizada para incrementar el número de acciones o el valor de las que están en circulación. La demandante nunca participó en el patrimonio como lo haría un accionista ordinario y tampoco es cierto que el patrimonio valga lo que se dice, debido a que incluyen los reajustes integrales por inflación y no la simple revaluación por ajustes a valor presente y que sería lo máximo que el contribuyente extranjero debería reconocer como valor patrimonial en caso de que el método de valoración fuera el adecuado.

El Banco no recibió ni podía exigir con la venta de acciones derecho alguno de carácter patrimonial, primero porque no tenía ese derecho según convención con los accionistas y, en cualquier caso, el valor patrimonial como método para valorar las acciones, no podían aumentarse con el efecto de la revalorización patrimonial por dos razones: a) los ajustes de la sociedad receptora de la inversión nunca se capitalizaron; b) porque siendo accionista extranjero el valor patrimonial de sus acciones se basa en otra regla que es la de los simples ajustes a valor presente según los artículos 272 y 273 del Estatuto Tributario.

Como se explica en las notas a los estados financieros, TELEALCA ajustó los activos no monetarios y patrimonio de los accionistas, con excepción de las cuentas de resultado, mediante el uso de índices de precios al consumidor (PAAG). Dichos ajustes se llevaron a la cuenta de corrección monetaria del estado de resultados, lo que quiere decir que TELEALCA tributó sobre ellos como rentas gravables. Por tanto esa partida no podía distribuirse como utilidad a los socios o accionistas hasta tanto se liquidara la empresa o se capitalizara su valor de conformidad con lo previsto en el artículo 36-3 del Estatuto Tributario.

Una interpretación armónica y sistemática de los artículos 36, 272 y 273 del E.T., indica que la cuenta de revalorización patrimonial, proveniente del ajuste integral de

las cuentas contables de una sociedad, debe capitalizarse para ser distribuída y solo a partir de diciembre de 2007, se puede considerar directamente parte del patrimonio de la sociedad, como lo señala expresamente el último artículo citado.

Ni el concepto DIAN 025264 de 1997 ni el artículo 272 del E.T. fueron considerados por la DIAN, porque el patrimonio que la demandada tomó en cuenta incluye ajustes integrales por inflación que se llevaban a la cuenta de revalorización del patrimonio, cuando el inversionista no debía tener en cuenta tales ajustes sino los reajustes normales por inflación que muestran el valor presente de la inversión.

OPOSICIÓN

La demandada se opuso a las pretensiones de la demandante en los siguientes términos.

Doctrinariamente las acciones preferentes son un instrumento financiero híbrido, que son, en realidad, poco utilizadas por las empresas y cuando se usan tienen como fin reducir la razón deuda-capital. Las acciones preferentes son un tipo de acciones que se caracterizan por darle al accionista algún valor adicional al de las acciones ordinarias. En consecuencia, de acuerdo con la doctrina, las acciones preferentes son un título que representa un valor patrimonial que tiene prioridad sobre las acciones comunes en relación con el pago de dividendos. La tasa de dividendos de estas acciones puede ser fija o variable y se fija al momento en el que se emiten.

De conformidad con el artículo 381 C.Co., los derechos preferentes son adicionales a lo dispuesto para los inversionistas y consisten en privilegios en la oportunidad en el reembolso de capital o en privilegios de carácter económico, pero de todas maneras entendido como una mejor situación en la compañía de la que tienen los titulares de las acciones comunes. En los estatutos de TELEALCA se encuentra demostrado que

existe un derecho preferencial en las acciones clase A que consiste en recibir de manera preferente un dividendo anual que equivale al 22% efectivo anual y hasta el monto máximo de US\$610.965,96.

De acuerdo con el Concepto DIAN 025264 del 13 de noviembre de 1997, los inversionistas extranjeros no pueden vender sus acciones poseídas en una sociedad nacional por un valor inferior al 75% de su valor intrínseco, cuando su costo fiscal es igual o superior al 75% de dicho valor intrínseco, ya que para efectos impositivos, el precio de venta de las acciones poseídas en una sociedad nacional por un inversionista extranjero, es el valor señalado por las partes siempre que no difiera en más de un veinticinco por ciento (25%) del valor comercial intrínseco de las acciones en la fecha de su venta.

Ante los indicios de inexactitud, la Administración tributaria, con base en los estados financieros de TELEALCA, calculó el valor intrínseco de cada acción en \$8.906.707. En los actos administrativos demandados se llegó a la conclusión que, de conformidad con el artículo 90 E.T., el valor intrínseco debe ser el precio de venta de las acciones y no el acordado por las partes, pues existe una diferencia de más del 25% entre ambos.

Por lo anterior, se determinó un precio mínimo de venta en cuantía de \$38.637.467.000 derivado del 75% del valor total de las acciones y que ascendió a \$51.516.622.524. De lo anterior se puede establecer que existe una diferencia entre el precio de venta declarado por el contribuyente en cuantía de \$687.214.000 y el determinado en la respectiva investigación, es decir la suma de \$ 38.637.467.000, lo que demuestra la diferencia en los ingresos por ganancia ocasional registrados y declarados por el banco.

El argumento expuesto por la parte demandante sobre la falta de motivación de los actos administrativos demandados no tiene fundamento alguno, toda vez que la

Administración, con base en el artículo 90 E.T., discutió el precio de enajenación de las acciones pactado en el acuerdo de accionistas y demostró que se apartó del valor comercial por lo que se aplicó el valor intrínseco de las acciones tal como lo ordena la ley.

Tampoco es cierto que en este proceso de determinación y discusión del impuesto se hubieran desconocido las pruebas allegadas al expediente, pues se analizó el acuerdo de las partes, dentro del cual se determinó que el precio de las acciones era notoriamente inferior al valor comercial, razón por la cual se determinó un precio de acuerdo a las características, naturaleza y estado del activo enajenado.

Para determinar el valor de las acciones que no se cotizan en bolsa se puede tomar el valor intrínseco, para establecer su valor comercial, tal como lo ha establecido el Consejo de estado, entre otras, en la sentencia del 10 de abril de 1997, Exp. 8207, y que permite concluir que no en todos los casos resulta imprescindible acudir a los datos estadísticos a los que alude el inciso 5º del artículo 90 E.T.

No puede ser considerado como argumento, que el Banco demandante nunca participó en el patrimonio como lo hace un accionista ordinario, porque no recibió ni podía exigir con la venta de las acciones derechos de carácter patrimonial, como quiera que está demostrado que el Banco efectivamente hizo inversiones en TELEALCA S.A. por lo que recibió los títulos correspondientes que lo acreditaron como inversionista.

En relación con la sanción por inexactitud, la actora liquidó el impuesto de ganancia ocasional inferior al que correspondía, sin que pueda afirmarse que tal inexactitud se generó por una diferencia de criterios, por cuanto quedó plenamente demostrado que en la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable

2007, el Banco omitió ingresos y, por tanto, incluyó datos falsos, equivocados e incompletos que generaron un menor impuesto a pagar.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda por lo siguiente:

Resaltó que en la constitución de TELEALCA, en virtud de las características propias de las acciones privilegiadas y que facultan a los accionistas para que se establezcan derechos de carácter económico por encima de los comunes, se determinó que tendrían particularidades como las siguientes: a) que los dividendos de sus titulares no podían ser superiores del 22% anual efectivo acumulado liquidado sobre el valor total pagado; b) que, en caso de disolución de la sociedad, se les reembolsaría el valor nominal de las acciones, junto con el rendimiento previsto en el artículo 64 de los estatutos.

Las acciones del Banco no dependían de la evolución de las utilidades de TELEALCA, pues es claro que en el documento de constitución de la sociedad, se estableció que el valor a recibir por el accionista al tiempo de la disolución, era el reembolso del capital que aportó y un 22% efectivo anual sobre esa suma, situación que marca una notoria diferencia con los demás titulares poseedores de acciones ordinarias, quienes tenían interés directo y participación en el patrimonio neto de TELEALCA, pues en la medida que su patrimonio social creciera, eran acreedores de una mayor proporción de riqueza sin limitación alguna.

Tales diferencias entre las acciones privilegiadas y las acciones comunes, demarcadas claramente en el acuerdo de accionistas inicial, conducen a deducir que la

Administración erró en los actos administrativos acusados al determinar el precio de enajenación tomando el valor patrimonial neto de la sociedad para fijar su valor intrínseco, pues tales acciones no tenían derechos patrimoniales diferentes a los de los dividendos prefijados y el reembolso del capital invertido.

Se equivocó la Administración al establecer una relación entre el valor comercial de las acciones privilegiadas y el patrimonio neto de TELEALCA para determinar el precio de enajenación de las mismas, porque no tuvo en cuenta que se trataba de la compraventa de acciones diferentes de las ordinarias y porque éstas no tenían una relación directa con los activos, la riqueza y el patrimonio de la sociedad, sino unos derechos económicos, cuyo alcance estaba definido previamente a la venta de acciones por el demandante en los estatutos sociales.

RECURSO DE APELACIÓN

La **demandada** en el escrito de apelación manifestó lo siguiente:

No existe norma en materia tributaria que establezca excepciones a la determinación del valor o precio de las acciones, la única norma es el artículo 90 E.T., la cual debe ser aplicada en este caso, toda vez que se trata de determinar la realidad económica tanto de la transacción como de la sociedad.

La tesis del Concepto 025264 del 13 de noviembre de 1997 expone que un inversionista extranjero no puede vender sus acciones poseídas en una sociedad nacional por un valor inferior al 75% de su valor intrínseco cuando su costo es igual o superior al 75% del mismo valor intrínseco. Para efectos impositivos, el precio de venta de las acciones poseídas en una sociedad nacional por un inversionista extranjero, es el valor señalado por las partes siempre que no difiera en un veinticinco por ciento (25%) del valor comercial de las acciones en la fecha de su venta.

Por vía doctrinal se ha indicado que la legislación comercial de nuestro país, le confiere al propietario de las acciones un derecho valorable en dinero sobre una parte proporcional de las utilidades obtenidas y del patrimonio de la sociedad, valoración que se hace con base en el valor intrínseco de las acciones, el cual se obtiene de dividir el patrimonio de la sociedad receptora de la inversión entre el número de acciones en poder de los accionistas. Así, se ha considerado que el valor intrínseco de las acciones sirve como un valor de referencia con el fin de establecer la realidad comercial del precio de venta acordado por las partes. El patrimonio que se toma como referencia es el patrimonio contable, esto, es el patrimonio que figura en los estados financieros.

En la sentencia del Tribunal no se tuvo en cuenta que el valor intrínseco de las 5.784 acciones vendidas está determinado por la operación realizada entre el patrimonio neto determinado por TELEALCA en sus estados financieros a 31 de diciembre de 2006, es decir por \$105.144.144.000 conformada por los activos netos de la sociedad al final del período, más el capital social, las utilidades retenidas y la revalorización del patrimonio, y el número de acciones, da como valor \$ 8.906,747 por cada acción, luego, si fueron transadas 5.784 acciones, el precio total de enajenación es la suma de \$51.516.622.564 y al dar aplicación a lo establecido en el artículo 90 E.T., esto es un precio de venta mínimo del 75% sobre la anterior suma, da como resultado \$38.637.467.000 aproximado al múltiplo de mil.

Por lo anterior, si el contribuyente sólo declaró por el año 2007, como precio de venta, la suma de \$687.214.000, se evidencia una diferencia en cuantía de \$37.950.253.000, que constituye un menor valor declarado por la demandante por concepto de ingresos constitutivos de ganancias ocasionales.

Adicionalmente, no se ha tenido en cuenta que el valor patrimonial de las acciones, aportes y demás derechos sociales en cualquier clase de sociedades, está constituido por su costo fiscal, ajustado cuando haya lugar a ello.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante** manifestó lo siguiente:

La DIAN desconoció el valor de la operación de las acciones clase A, al ignorar el tipo de títulos y los derechos estipulados en los estatutos, así como el valor de recuperación pactado y el precio de venta que consta en la opción de compra que vinculaba a las partes. La Administración hizo caso omiso de las particularidades del caso y fue en contravía del artículo 90 E.T., según el cual, el referente era el precio comercial para “bienes de la misma especie” y consideró que el precio comercial debía corresponder al precio intrínseco como si se tratara de acciones tipo B o C, que si tienen derechos de alícuota sobre el patrimonio.

La actora ha reclamado la nulidad de los actos con base en las características especiales de los activos vendidos que no eran acciones comunes sino instrumentos híbridos en cuanto contenían elementos de deuda y no de utilidad, no contaban con derechos políticos y no participaban en las plusvalías del patrimonio social y, por tal razón, no daban lugar a una valoración contable basada en el valor patrimonial que pertenecía fundamentalmente a los demás accionistas de clase B y C.

En relación con el recurso de apelación de la DIAN, la actora precisó que, además de que se insiste en que el artículo 90 E.T. debía aplicarse sobre el valor intrínseco de venta, se vuelve a traer el artículo 272 E.T. que se refiere al valor patrimonial de las acciones, pero dicho valor no aporta nada a la controversia en la que el problema

jurídico es determinar el justiprecio de las acciones preferenciales híbridas tipo A, sin derechos patrimoniales, para efectos de su enajenación y tributación.

La tesis del concepto DIAN 025264 de 1997 no es aplicable en este caso porque recae sobre una hipótesis ajena, ya que la hipótesis del concepto dice “sí y solo sí” las acciones confieren a su propietario un derecho valorable en dinero sobre la parte proporcional tanto de las utilidades como del patrimonio, entonces, cabe afirmar que el valor comercial se establece con base en su valor intrínseco. A contrario *sensu* si las acciones no confieren al propietario ningún derecho sobre el patrimonio sino un derecho limitado sobre las utilidades, entonces no cabe predicar la utilización del valor intrínseco, como lo pretende hacer ver la DIAN en el recurso de apelación.

El contrato celebrado entre Banco Santander y ASES A sí fue tenido en cuenta por el Tribunal. Efectivamente hubo venta y fue declarada, pero de ello no surge que el precio sea el indicado por la demandada. Por el contrario, el contrato fue la base para que el *a quo* correctamente encontrara que las acciones tipo A fueron vendidas al precio de reembolso de capital y dividendo fijo calculado sobre dicha suma y no a otro precio.

Finalmente, resalta que siempre ha sido error de la DIAN en todas las etapas del proceso, hacer caso omiso de las circunstancias específicas del asunto por las cuales no puede dividirse el patrimonio entre todas las acciones en circulación, puesto que las ventas no confieren derecho alguno sobre el patrimonio, son otro tipo de acciones de participación en utilidades y no en el patrimonio.

La **demandada** guardó silencio.

Para el **Ministerio Público** la sentencia de primera instancia debe confirmarse por las siguientes razones:

El proceder de la Administración al dividir el patrimonio neto de TELEALCA S.A. por el número de acciones en circulación, desconoció que i) se trataba de acciones privilegiadas; ii) el valor pactado para efectos del reembolso era el nominal acordado por la asamblea de accionistas de TELEALCA S.A. para su liquidación y iii) que había un límite para reconocer utilidades hasta el 22% anual efectivo acumulado.

El valor comercial de las acciones que serviría de parámetro para determinar su precio de enajenación respecto de activos semejantes para saber si difería de estos en más del 25% en los términos del artículo 90 E.T., no podía ser el determinado por la Administración con base en el patrimonio y las acciones circulantes para compararlo con el nominal asignado en los estatutos.

La determinación del valor en la forma que lo hizo la Administración dejaría sin efecto el valor nominal que las partes otorgaron a las acciones privilegiadas en los estatutos, con respaldo en la normativa comercial, alcance que no tiene el artículo 90 E.T. que, por el contrario, al autorizar a la Administración para rechazar el precio comercial de enajenación que difiera en más del 25% con activos semejantes y señalar uno, impone que lo haga acorde con la *naturaleza y condiciones* de los activos, además de los datos estadísticos que indica.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de nulidad de los actos administrativos que modificaron la declaración de renta por el año gravable 2007, presentada por el Banco Santander S.A.

En el presente caso se trata de establecer si era procedente que la Administración, con fundamento en las facultades previstas en el artículo 90 del Estatuto Tributario,

hubiera determinado que el valor comercial de las 5.784 acciones privilegiadas enajenadas por Banco Santander, correspondía a su valor intrínseco, el cual debía ser llevado como ingreso por ganancia ocasional en la liquidación privada objeto de modificación.

De los antecedentes administrativos se advierte lo siguiente:

- En Asamblea Extraordinaria de Accionistas celebrada el 29 de septiembre de 1995, según consta en el Acta No. 2⁸, TELEALCA S.A.⁹ reformó sus estatutos sociales para establecer, entre otros aspectos, que su objeto social exclusivo era el de participar en consorcio con otras sociedades en el desarrollo conjunto y a riesgo compartido con TELECOM, de un proyecto de telecomunicaciones definido en el Convenio de Asociación C-0027-93¹⁰.

Frente a la calidad y clase de acciones de la sociedad, en la reforma estatutaria se estipuló lo siguiente:

ARTÍCULO SÉPTIMO.- Calidad y clase de Acciones: Las acciones de la compañía son nominativas y de capital, de las cuales veinte (20) son acciones ordinarias Clase C, una (1) es acción privilegiada Clase B y ciento sesenta y nueve mil novecientos setenta y nueve (169.979) son acciones privilegiadas Clase A. Unas y otras tendrán las mismas calidades y conferirán los mismos derechos a sus titulares, con excepción de la forma como se participa en las utilidades de la compañía, se efectúan las capitalizaciones y se obtiene el reembolso y la distribución de los demás pagos requeridos para obtener el rendimiento en caso de liquidación, respecto de lo cual las acciones privilegiadas Clase A y B conferirán a sus titulares los

⁸ Fls. 145 a 60 c.p. 1. El Acta N° 2 de la Asamblea General de Accionistas de TELEALCA S.A. mediante la cual se modificaron los estatutos de la sociedad, fue elevada a Escritura Pública N° 2779 del 29 de septiembre de 1995 de la Notaría 16 de Bogotá. (Fls. 122 a 142 c.p. 1)

⁹ Es una sociedad colombiana constituida por Escritura Pública 3544 del 23 de diciembre de 1993 (Antes ARGENTEL S.A.), y que cambió su razón social a TELEALCA S.A. mediante Escritura Pública del 21 de diciembre de 1994. (fl. 143 c.p. 1)

¹⁰ Este convenio tenía como finalidad, según manifestó la demandante, aportar bienes inmuebles y a la construcción de la infraestructura para el funcionamiento de 258.552 líneas telefónicas y los ingresos por la prestación del servicio a través de la infraestructura instalada se distribuiría entre las partes.

derechos adicionales en los términos que se expresan en los artículos 20, 59 y 64 de los Estatutos. (negritas fuera de texto).

Del artículo transcrito se advierte que en los estatutos de TELEALCA S.A. se estableció que las acciones ordinarias y privilegiadas otorgaban a los accionistas los mismos derechos, pero establecen expresamente como «excepción», para las acciones privilegiadas la forma en que i) participan en las **utilidades**, ii) se efectúan las capitalizaciones y iii) como obtienen el reembolso y rendimientos en caso de **disolución de la sociedad**, para lo cual remite a lo dispuesto en los artículos 20, 59 y 64 de los estatutos.

- El artículo 20 de los estatutos prevén en cuanto a los derechos de las «acciones privilegiadas», y en lo pertinente al asunto analizado, lo siguiente:

ARTICULO VIGESIMO. Acciones Privilegiadas: Las acciones Clase “A” y Clase “B” tendrán los mismos derechos que las acciones Clase “C” y adicionalmente los siguientes:

(i) Acciones Clase A:

(a) Derecho a que de las **utilidades** se destine en primer lugar y en favor de estas acciones un importe calculado en la forma como se establece en el **artículo 59 de estos estatutos** y con la acumulación igualmente allí prevista;

(b) (...)

(c) Derecho a que en caso de **disolución de la sociedad** se reembolse en primer término el valor nominal de estas acciones, junto con el rendimiento previsto en el **artículo 64 de estos estatutos**, dentro de los términos condiciones y con las limitaciones previstos en el **artículo 59**, remanente a ser pagado en la oportunidad prevista en el citado artículo. (Negritas fuera de texto)

Como se observa, el artículo transcrito prevé que los accionistas Clase A tienen derecho a un tratamiento preferente tanto al momento del reparto de las utilidades como en el reembolso del valor nominal de las acciones cuando la sociedad sea liquidada, pero atado a las condiciones y limitaciones previstas en los artículos 59 y 64 de los estatutos sociales.

Así pues, en el numeral vi) del literal d) del **artículo 59 de los estatutos**, al regular las Reglas Generales para el reparto y pago de **dividendos** se estipuló lo siguiente:

*vi) **Rendimiento máximo de las acciones Clase A:** En todo caso, para efectos de determinar los montos a repartir en los términos de los literales anteriores, se deberá considerar **que en ningún evento las acciones clase A podrán obtener en dinero un dividendo superior acumulado, liquidado desde el día veintinueve (29) de septiembre de 1995, fecha de pago del capital inicial y hasta la fecha en que se haga el pago del dividendo, equivalente al 22% anual efectivo acumulado, liquidado sobre el valor total pagado de las acciones Clase A en la citada fecha expresado en dólares americanos para cuya conversión se considerará una tasa de cambio de novecientos setenta y cinco pesos (\$965) por un (1) dólar americano, conversión que ningún evento podrá arrojar una cifra superior a U\$ 610.599,96 y en caso de arrojar una cifra superior se le reducirá a la ya citada...***

El artículo prevé las condiciones en que se pagarán los dividendos de la clase A, que es el primer derecho a que se refiere el artículo 20 de los estatutos, antes transcrito. Los dividendos debían pagarse teniendo en cuenta un límite fijado y que consistía en que los accionistas Clase A no podían obtener un dividendo superior acumulado al 22% anual, liquidado sobre el valor pagado por las acciones el 29 de septiembre de 1995, tasados en dólares con una tasa de cambio de \$965 por cada dólar, para lo cual, la conversión en dólares del monto pagado por las acciones no

podía arrojar un valor superior a U\$610.599,96. Y en caso de ser superior, se reduciría a este monto.

Ahora bien, en cuanto a las condiciones de reembolso para las acciones Clase A, en caso de **liquidación de la sociedad**, otra de las condiciones especiales de las acciones privilegiadas, el artículo 64 de los estatutos sociales se dispuso lo siguiente¹¹:

ARTICULO SEXAGESIMO CUARTO. Atribuciones del liquidador.
....Para la liquidación y distribución final se tendrán en cuenta las siguientes reglas especiales: a) En primer lugar de manera preferencial y a favor exclusivo de los accionistas titulares de acciones Clase A se reembolsará el valor nominal de tales acciones y se distribuirá en su favor un importe hasta por un monto igual al requerido para que a la fecha en que se efectúe el pago del reembolso y de la distribución a que se alude, las acciones Clase A obtengan junto con el reembolso del capital una rentabilidad en dólares americanos equivalente al 22% efectivo anual acumulado liquidada (i) sobre el capital inicialmente pagado de las acciones Clase A al día veintinueve (29) de septiembre de 1995, convertido a US dólares el mismo día, mes y año, a la tasa de cambio de \$965 por un (1) dólar y con un límite máximo de U\$ 610.509,96, (ii) desde la citada fecha y hasta la fecha en que se efectúe el pago del reembolso y de la distribución teniendo en cuenta los pagos en dinero que por dividendos la sociedad hubiere efectuado con anterioridad a favor de las acciones clase A. Si por alguna razón, los pagos en dinero por dividendos efectuados por la Sociedad a los accionistas titulares de las acciones Clase A arrojaran una cifra superior al 22% efectivo anual acumulado liquidado de la misma forma y hasta la misma fecha de cálculo, el exceso sobre el 22% a que se alude, constituirá un menor valor del reembolso de capital y en consecuencia al importe a reembolsar por capital se reducirá en el citado valor. (Negritas fuera de texto).

¹¹ Folio 157 c.a. 1

Como se observa, en caso de liquidación de la sociedad, de manera preferencial y exclusiva para los accionistas de las acciones privilegiadas Clase A, se les reembolsaría el valor nominal más un importe equivalente a la fecha de tal reembolso al 22% efectivo anual liquidado sobre el capital inicialmente pagado el 29 de septiembre de 1995 y por el lapso comprendido entre esa fecha y la del reembolso.

- En la misma Asamblea, se aprobó el reglamento de colocación de acciones, pues el Presidente informó que para el desarrollo del objeto social era necesario contar con nuevas inversiones de capital, frente a lo cual varios inversionistas habían manifestado interés en suscribir acciones privilegiadas. Por lo anterior, la Asamblea autorizó la colocación de *acciones privilegiadas Clase A*, por valor de \$50.000 cada una, a favor del Banco Central Hispanoamericano S.A. (hoy Banco Santander), Inversiones Ramoresa S.A., Inversiones MNJ S.A. y de la Fundación Nelly Ramírez Moreno¹².
- El 29 de septiembre de 1995, los accionistas Clase A, mencionados en el punto anterior, suscribieron el “Acuerdo de Accionistas”, por el cual reconocen y aceptan los estatutos de la compañía. En este Acuerdo también se precisaron las condiciones especiales de venta de las acciones, así:

“7. Compra y Venta de Acciones.

7.1 Mediante el presente Acuerdo los Accionistas propietarios de acciones de la Clase “A” (quienes en adelante se denominarán conjuntamente los “Accionistas A” e individualmente el “Accionista A” ofrecen irrevocablemente vender a ASESa todas las acciones de la Compañía que posean (las “Acciones Clase A”, en los términos y condiciones señalado en la presente Sección 7. ASESa podrá aceptar la oferta de venta aquí formulada por cada Accionista A, dentro de un plazo de quince (15) días comunes o calendario contados a partir de la

¹² Fl. 159 vto. c.p. 1

fecha en que ocurra el último de los eventos que se describen a continuación:

(...)

7.2 El precio que ASESА pagará a cada Accionista A por cada acción A adquirida por ASESА, según lo dispuesto en la Sección 7.1 ("Precio por Acción") será la suma expresada en pesos colombianos obtenida con fundamento en las siguientes reglas.

(A) En primer lugar se tomará el menor de los dos (2) valores que se obtengan a la fecha de cálculo, con fundamento en las siguientes fórmulas:

(a) Valor por Rendimiento: El "Valor de la acción A calculado por rendimiento" será el equivalente al valor por rendimiento total de las acciones A suscritas y en circulación de la compañía a la fecha del cálculo. El "Valor por rendimiento total de las acciones A" será el importe resultante de sumar:

(i) El Capital pagado de todas las acciones A al veintinueve (29) de septiembre de 1995, convertido a US dólares a la misma fecha, para lo cual se utilizará una tasa de cambio de \$965 por un (1) dólar con un límite máximo de U\$ 610.569,96 y

(ii) el importe en US dólares que a la fecha de cálculo faltare por completar, a favor de todas las acciones A, un rendimiento total por dividendos equivalente al 22% efectivo anual acumulado, rendimiento que para estos efectos se calculará sobre el valor del capital pagado expresado en dólares americanos, referido en el numeral (i) anterior, desde el veintinueve (29) de septiembre de 1995 y hasta la fecha de cálculo, teniendo en cuenta los pagos en dinero de dividendos efectuados con anterioridad a la fecha de cálculo por la compañía a favor de las acciones A.

Si por cualquier razón, el dividendo pagado en dinero por la Compañía con anterioridad a la fecha de cálculo arroja que el rendimiento reconocido ha sido superior al 22% efectivo anual acumulado liquidado sobre el valor del capital pagado expresado en dólares americanos, referido en el numeral (i) anterior desde el veintinueve (29) de septiembre de 1995 hasta la fecha de cálculo, el valor por rendimiento total de las acciones A será el importe resultante que se obtenga de restar del valor del capital, determinado conforme al numeral (i) de este mismo literal, el exceso del rendimiento obtenido;

(b) Valor patrimonial: El Valor Patrimonial de la acción A será equivalente, para estos efectos, al valor patrimonial de la compañía dividido por el número total de Acciones A suscritas y en circulación de la compañía en la fecha de cálculo. El valor patrimonial de la compañía será el resultado de restar al valor comercial de los activos de la compañía a la fecha de cálculo, determinado según se señala enseguida, el valor del pasivo externo de la compañía a la misma fecha, pasivo externo del cual se excluirá el valor total de todos los Pagarés F y F-2 (F Notes, F-2 Notes) que a la fecha de cálculo existieren pendientes de pago por parte de la compañía, valor total en el cual quedarán incluidos todos los importes correspondientes a capital e intereses....

(B) El menor valor por acción en dólares americanos obtenido con fundamento en las reglas señaladas en las letras (a) y (b) del literal (A) anterior, se actualizará en dólares americanos a la fecha de pago utilizando para tal efecto una tasa del 22% efectivo anual liquidada desde la fecha de cálculo y hasta la fecha de pago. El resultado que arroje esta operación será el "Precio por Acción".

De los apartes transcritos del "Acuerdo de Accionistas" entre TELEALCA y sus accionistas propietarios de acciones Clase A, se evidencia que estos últimos decidieron en forma irrevocable vender todas sus acciones a ALCATEL STANDARD ELECTRICA S.A. (ASESA), según los términos y condiciones señalados en el numeral 7 (Compra y Venta de Acciones) de manera que desde ese momento, el precio de enajenación de todas las acciones tipo A debía ceñirse al precio pactado en dicho documento.

- En esas condiciones, con la firma del Acuerdo de Accionistas el **29 de septiembre de 1995**, la composición accionaria de TELEALCA S.A. quedó así¹³:

¹³ Fl. 429 c.a. 1

Titular de las acciones	Número de acciones	Clase de acciones	Monto pagado por las acciones
ASESA	20	C	\$1.000.000
ASESA	1	B	\$50.000
BANCO CENTRAL HISPANOAMERICANO	5.784	A	\$289.200.000
INVERSIONES RAMORESA S.A.	2.000	A	\$100.000.000
INVERSIONES MNJ S.A.	2.000	A	\$100.000.000
FUNDACION NELLY RAMIREZ MORENO	2.000	A	\$100.000.000

- El 9 de diciembre de 2004 se decretó la disolución y liquidación de TELEALCA S.A., situación que quedó registrada el 13 de diciembre de 2004 en la Cámara de Comercio de Bogotá¹⁴.
- El 16 de marzo de 2007, según consta en el Acta No. 33, se llevó a cabo una Asamblea General de accionistas de TELEALCA S.A. en liquidación, en la que se acordó que, con el fin de facilitar el proceso liquidatorio, todos los accionistas Clase A renunciarían al derecho de preferencia en la enajenación de acciones y aceptaron venderlas a ALCATEL S.A., para lo cual, el Presidente de la Asamblea recordó que *«el precio que se acuerda por cada acción clase A corresponde al valor que tendría derecho a recibir por la misma*

¹⁴ Fl. 470 c.p 2. Según se explica en la demanda, la liquidación obedeció a que el 12 de junio de 2003, el Gobierno Nacional ordenó la supresión y liquidación de Telecom y la creación de una nueva empresa de servicios públicos (Colombia Telecomunicaciones) la cual actuaría como mandataria de la antigua TELECOM en los contratos a riesgo compartido en curso, circunstancia que dio origen a procesos entre las partes del Convenio de 1993, finalmente resuelto por acta de conciliación del 30 de abril de 2007. (fl. 23)

*el respectivo accionista **al momento en que culmine la liquidación, según lo pactado en los estatutos sociales***». (Negrillas fuera de texto)

En la misma acta y a renglón seguido se transcribe lo dispuesto en el literal a) del artículo 64 de los estatutos y, con fundamento en esta regla, se precisó que, el precio por acción Clase A, era de US\$ 54,347 y que a los vendedores Nellyram S.A. Johnram S.A. y Fundación Nelly Ramírez de Moreno, el precio se pagará en pesos a la tasa de \$2.210.12 por dólar, que corresponde a la tasa de cambio del **15 de marzo de 2007**¹⁵.

- El 21 de marzo de 2007, el Banco Santander suscribió el contrato de compraventa de acciones en el que vendió a ALACATEL LUCENT ESPAÑA S.A., las 5.784 acciones clase A que poseía en TELEALCA, por la suma de US\$314.340,59¹⁶.

En el anexo del contrato se dejó constancia de que *«el precio de la compraventa de las 5.784 Acciones clase A se ha calculado con base a lo previsto en el artículo 64 de los Estatutos Sociales de Telealca por importe de 299.689,12US\$, más 14.651,47 US\$ en concepto de rendimiento del 22% sobre dicha inversión por el periodo transcurrido entre el 1º de enero de 2007 y la fecha de pago del precio de las Acciones, fijado para el 22 de marzo de 2007»*¹⁷.

En la misma fecha se suscribieron los contratos de compraventa con los demás accionistas Clase A, para quienes el precio fue fijado en pesos y a la tasa de cambio del 15 de marzo de 2007, para un valor total de \$240.224.902.70¹⁸.

¹⁵ Acta No. 33 (Fl. 676 c.p. 2)

¹⁶ Fl. 461 c.p. 1

¹⁷ Fl. 462 c.p. 1

¹⁸ Fls. 248 y ss, c.p. 1

- A folios 413 a 415 c.p. 1, obra copia de la evidencia del pago efectuado por TELEALCA a favor de Banco Santander por la suma de US\$314.340,59.

La demandante afirma que la operación de venta de las 5.748 acciones de TELEALCA corresponde a lo establecido en los estatutos de la sociedad, lo cual reflejó, en pesos colombianos, un valor por acción de \$118,813¹⁹ para el Banco Santander, cifra demostrada con el contrato, la certificación del revisor fiscal de TELEALCA²⁰, así como la constancia de la transferencia electrónica del valor pagado por ALCATEL STANDARD (ASESA).

La actora explica que al presentar la declaración de renta por el año gravable 2007 liquidó por impuesto de ganancias ocasionales (\$0) teniendo en cuenta que la venta de las 5.748 acciones, se hizo por el mismo valor nominal más los rendimientos anuales del 22%, conforme con lo pactado en los estatutos en relación con los derechos y limitaciones establecidas para los titulares de las acciones tipo A.

En los actos demandados, la Administración Tributaria rechazó el precio de venta utilizado por el Banco Santander y, en su lugar, determinó el valor comercial de esa venta por el valor intrínseco de la acción, calculado con base en el patrimonio neto de TELEALCA a 31 de diciembre de 2006 por valor de \$105.144.144.000, suma que al ser dividida por el número de acciones en circulación (11.805) da un valor por acción de \$8.906.747, es decir, que el precio mínimo de venta de las acciones del Banco demandante, determinado con fundamento en el artículo 90 E.T, correspondía a la suma de \$38.637.467.000²⁰.

La demandada, tanto en sede administrativa como ante la jurisdicción, ha sostenido que el valor intrínseco es, desde el punto de vista fiscal, el valor comercial de las

¹⁹ Valor de la transacción US\$314.340,59, que en pesos colombianos fue declarada por valor de \$687.214.000. Esta suma dividida en 5.784 acciones poseídas por la demandante, equivalen a \$118.812,9, por acción. ²⁰ Fl. 361 c.a 1
²⁰ Fl. 703 c.p. 2 – pág. 19 de la Liquidación Oficial de Revisión.

acciones de las sociedades que no cotizan en bolsa como sucedió en este caso, valor que sirve para determinar el precio de venta.

Pues bien, de las pruebas aportadas al proceso, la Sala advierte que las 5.784 que poseía la demandante en TELEALCA tenían la calidad de preferentes o privilegiadas, como lo demuestran los estatutos sociales de TELEALCA S.A., es decir, eran títulos participativos que conferían a sus poseedores privilegios especiales de acuerdo con el artículo 381 del Código de Comercio que prevé:

ARTICULO 381. Las acciones podrán ser ordinarias o privilegiadas. Las primeras conferirán a sus titulares los derechos esenciales consagrados en el artículo 379; las segundas, además, podrán otorgar al accionista los siguientes privilegios:

- 1. Un derecho preferencial para su reembolso en caso de liquidación hasta concurrencia de su valor nominal;**
- 2. Un derecho a que de las utilidades se les destine, en primer término, una cuota determinada, acumulable o no. La acumulación no podrá extenderse a un período mayor de cinco años, y**
- 3. Cualquiera otra prerrogativa de carácter exclusivamente económico.**

En ningún caso podrán otorgarse privilegios que consistan en voto múltiple, o que priven de sus derechos de modo permanente a los propietarios de acciones comunes.

Entonces, de conformidad con el artículo transcrito, las acciones privilegiadas, además de otorgar los derechos de las acciones ordinarias, según el artículo 379 C.

Co.²², les permiten gozar de prelación para el reembolso del capital invertido en caso de liquidación y a recibir las utilidades en primer término una cuota determinada y, en general, prerrogativas de carácter económico adicionales a las que reciben los inversionistas de acciones ordinarias²³.

Lo anterior, coincide en el asunto *sub examine* con las acciones vendidas por el Banco Santander, pues como se advierte de las pruebas que obran en el proceso, según el artículo 7º de los estatutos sociales de TELEALCA²⁴, las acciones privilegiadas conferían a sus titulares los mismos derechos que para las ordinarias, **con excepción de:** a) la forma en que se **participaba en las utilidades** de la compañía; b) en las capitalizaciones; c) **el reembolso y la distribución de los pagos para obtener rendimiento en caso de liquidación**, para lo cual en los artículos 59 y 64 de los estatutos se determinó la forma para hacer el cálculo de las utilidades como del reembolso y de la distribución de los pagos en caso de liquidación.

De los artículos 59 y 64 se advierte que tanto en las utilidades como en el reembolso en caso de liquidación, el valor de la acción estaba atado a un cálculo o fórmula que tenía como base el valor de la inversión realizada pero no al patrimonio

²² **C. Co. Art. 379.** Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos:

1. El de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ella.
2. El de recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio, con sujeción a lo dispuesto en la ley o en los estatutos;
3. El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos;
4. El de inspeccionar, libremente los libros y papeles sociales dentro de los quince días hábiles anteriores a las reuniones de la asamblea general en que se examinen los balances de fin de ejercicio, y
5. El de recibir una parte proporcional de los activos sociales, al tiempo de la liquidación y una vez pagado el pasivo externo de la sociedad.

²³ «Las acciones con dividendo preferencial constituyen, desde el punto de vista de la sociedad, una herramienta fundamental de capitalización, (...). Desde el punto de vista del inversionista, también pueden resultar atractivas, puesto que garantizan un dividendo fijo anual, acumulable o no, que se paga preferentemente, siempre que existan utilidades distribuibles. Así mismo, tales acciones le conceden al accionista un derecho preferencia a la cuota social en el momento de la liquidación, previo pago del pasivo externo». REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Tomo I. Bogotá : Temis S.A. 2004, pág. 337.

²⁴ Folio 163 c.a. 2

social, es decir, que independientemente del valor patrimonial de la compañía o de las utilidades obtenidas, los accionistas Clase A no podían esperar un retorno distinto al pactado según su inversión.

Ahora bien, el artículo 90 del Estatuto Tributario, con fundamento en el cual los actos demandados determinaron el precio de venta de las acciones, establece lo siguiente:

ARTICULO 90. DETERMINACIÓN DE LA RENTA BRUTA EN LA ENAJENACIÓN DE ACTIVOS. *La renta bruta o la pérdida proveniente de la enajenación de activos a cualquier título, está constituida por la diferencia entre el precio de la enajenación y el costo del activo o activos enajenados.*

Cuando se trate de activos fijos depreciables, la utilidad que resulta al momento de la enajenación deberá imputarse, en primer término, a la renta líquida por recuperación de deducciones; el saldo de la utilidad constituye renta o ganancia ocasional, según el caso.

El precio de la enajenación es el valor comercial realizado en dinero o en especie.

Se tiene por valor comercial el señalado por las partes, siempre que no difiera notoriamente del precio comercial promedio para bienes de la misma especie, en la fecha de su enajenación. Si se trata de bienes raíces, no se aceptará un precio inferior al costo, al avalúo catastral ni al autoavalúo mencionado en el artículo 72 de este Estatuto.

Cuando el valor asignado por las partes difiera notoriamente del valor comercial de los bienes en la fecha de su enajenación, conforme a lo dispuesto en este artículo, el funcionario que esté adelantando el proceso de fiscalización respectivo, podrá rechazarlo para los efectos impositivos y señalar un precio de enajenación acorde con la naturaleza, condiciones y estado de los activos; atendiendo a los datos estadísticos producidos por la Dirección General de Impuestos Nacionales, por el Departamento Nacional de Estadística, por la Superintendencia de Industria y Comercio, por el Banco de la República u otras entidades afines. Su aplicación y discusión se harán dentro del mismo proceso.

Se entiende que el valor asignado por las partes difiere notoriamente del promedio vigente, cuando se aparte en más de un veinticinco por ciento (25%) de los precios establecidos en el comercio para los bienes de la misma especie y calidad, en la fecha de enajenación, teniendo en cuenta la naturaleza, condiciones y estado de los activos...”.

De acuerdo con la norma transcrita, la diferencia entre el precio de la enajenación de activos y el costo del activo enajenado puede constituir renta bruta o pérdida.

El precio de enajenación es el valor comercial. Y el valor comercial es el señalado por las partes. De manera que, el artículo 90 del E.T. parte de reconocer que ese es el valor que se debe tener en cuenta.

No obstante, como puede ocurrir que el valor pactado entre las partes no sea real o no corresponda al precio que se establece en el mercado para los bienes de la misma especie y calidad, el artículo 90 del E.T. previó que si el valor comercial difiere notoriamente del precio comercial promedio para bienes de la misma especie en la fecha de enajenación, la DIAN puede apartarse del valor comercial señalado por las partes. Y se entiende que el valor pactado difiere notoriamente del promedio vigente cuando se aparta en más de un 25% de los precios establecidos en el comercio, para los bienes de la misma especie y calidad, en la fecha de enajenación, teniendo en cuenta la naturaleza, condiciones y estado de los activos.

En estos casos, el artículo 90 del E.T. faculta a la DIAN a señalar un precio de enajenación acorde con la naturaleza, condiciones y estado de los activos. Y, para el efecto debe atender a los datos estadísticos producidos por la propia DIAN, el DANE, la Superintendencia de Industria y Comercio, el Banco de la República u otras entidades afines.

De manera que, así las partes hayan acordado el valor comercial del activo enajenado, estos pactos entre particulares no son oponibles al fisco si dicho valor difiere notoriamente del promedio vigente en más de un 25% de los precios establecidos en el comercio. En todo caso, el pacto entre las partes deberá respetarse si el contribuyente prueba que el valor comercial acordado corresponde al promedio

del precio establecido en el comercio para los bienes de la misma especie y calidad, en la fecha de enajenación, teniendo en cuenta la naturaleza, condiciones y estado de los activos.

En el caso concreto, la Sala considera que el demandante probó que el valor comercial acordado por la venta de las acciones privilegiadas corresponde al valor comercial promedio del precio establecido en el comercio para los bienes del mismo tipo, como pasa a explicarse.

Debe precisarse que si bien la Sala ha aceptado el valor intrínseco como valor comercial en la enajenación de acciones de sociedades que no cotizan en bolsa²¹, debe tenerse en cuenta que en esos procesos no era objeto de la *litis* que las acciones vendidas eran preferentes o privilegiadas, como ocurre en este caso, en el que la demandante prueba que sus acciones, en el evento de la liquidación como en efecto ocurrió, le conferirían derechos a un reembolso del valor inicial de la inversión más un rendimiento del 22%, todo lo cual no podía superar el tope de US\$610.509,96, lo que pone en evidencia que el valor de la acción no dependía del patrimonio neto de la sociedad sino del valor de la inversión y de un rendimiento, tal como quedó pactado estatutariamente más de 10 años antes de la liquidación.

Lo anterior quiere decir que los recursos que los accionistas de TELEALCA S.A. iban a recibir con motivo de la liquidación, no dependían de las utilidades, porque como lo advierte el artículo 381 del Código de Comercio en relación con las acciones privilegiadas, el reembolso para este tipo de acciones corresponde a su valor nominal, en este caso ajustado con los parámetros dispuestos en los estatutos, razón por lo

²¹ Sobre el tema pueden verse las sentencias del 9 de diciembre de 2010 expediente 17078 M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, 10 de abril de 1997 expediente 8207 M.P. Delio Gómez Leyva, 7 de marzo de 1997 expediente 8102 M.P. Consuelo Sarria Olcos

cual, el valor recibido en este caso, no podía calcularse con fundamento en el patrimonio neto de la sociedad, que es el valor contable que se utiliza para calcular el valor intrínseco²² como lo hizo la DIAN.

Así pues, no resultaba coherente que se utilizara el valor intrínseco, para cuyo cálculo se requiere del patrimonio de la compañía, si según el acuerdo entre los accionistas, el valor a repartir en la liquidación tenía como base el valor nominal más un reajuste con un límite cuantitativo, como se colige del contenido de los estatutos transcritos.

En esas condiciones, para la Sala las características especiales, antes mencionadas, que tenían las acciones privilegiadas clase A en poder del Banco Santander, según lo pactado en el “Acuerdo de Accionistas” entre TELEALCA y sus accionistas, no hacían posible que el precio de mercado o comercial fuera determinado con base en el patrimonio líquido de la sociedad receptora de la inversión y, en consecuencia, el valor comercial determinado por la DIAN mediante la utilización de un indicador financiero como es el valor intrínseco, no puede ser de recibo, tal como declaró el *a quo* en la sentencia apelada.

Además, debe precisarse que el Concepto al que aludió la demandada en los actos acusados y en su intervención en este proceso, es claro en señalar que **«*Si las acciones confieren a su propietario un derecho valuable en dinero sobre una parte proporcional de las utilidades obtenidas por la sociedad, como del patrimonio de la misma cabe entonces afirmar que el valor comercial de las mismas en el momento de su venta se establece con base en su valor intrínseco (...)*»**. (Se resalta). Se reitera que el supuesto de hecho analizado en esta oportunidad, no le otorgaba al accionista tener participación en el patrimonio de la sociedad.

²² El valor intrínseco de las acciones de una sociedad se determina dividiendo el patrimonio líquido (capital neto) entre las acciones en circulación

En todo caso, vale la pena destacar, como lo alegó la demandante, que el valor pagado a los demás accionistas Clase A, que servirían de referencia por tratarse de bienes de la misma naturaleza y condiciones, fue de \$120,112, es decir, no se aprecia una variación de más de un 25% respecto de lo pagado al Banco Santander, en los términos del artículo 90 E.T., lo cual está soportado, frente a los demás accionistas, con los contratos de compraventa y los cheques girados por TELEALCA para el pago de las acciones.

Lo anterior, releva a la Sala del análisis sobre la procedibilidad de la sanción por inexactitud impuesta en los actos demandados.

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

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

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

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
BÁRCENAS Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS

**CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ
RAMÍREZ** **Salva voto**

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ