



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN CUARTA
SUBSECCIÓN B

Bogotá D. C., veintiocho (28) de agosto de dos mil veinticinco (2025)

SENTENCIA NRD 084

Magistrada ponente: **Carmen Amparo Ponce Delgado**
Expediente no.: **25000-23-37-000-2021-00590-00**
Demandante: **Primadera SAS**
Demandado: **U.A.E. Dian**
Referencia: **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Asunto: **Renta 2015. Sanción por no declarar. Cambio de titularidad de inversión extranjera**

Procede la Sala a dictar sentencia dentro del proceso promovido por la sociedad **Primadera SAS** quien actúa por intermedio de apoderado judicial en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – U.A.E. DIAN.**

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. Las pretensiones.

La parte actora invoca como tales las siguientes:

«1. Pretensiones principales

1.1. Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1) Resolución Sanción No. 322412020000056 del 10 de marzo de 2020 proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá.

2) Resolución No. 003623 del 1 de junio de 2021 proferida por la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN.

1.2. Que, como consecuencia de lo anterior, se restablezca en su derecho a Primadera, en los siguientes términos:

- (i) que se reconozca que no hay lugar a la imposición de la sanción por no declarar establecida en el artículo 643 del Estatuto Tributario.
- (ii) que se ordene el archivo del expediente abierto en contra de Primadera.

1.3. Que se declare que no son de cargo de Primadera las costas y agencias en derecho que se originen en el presente proceso.

2. Pretensión subsidiaria

En el evento que esta Honorable Corporación considere que: (i) Celeste Capital estaba en la obligación de presentar declaración de renta por cambio de la titularidad de la inversión extranjera con ocasión de la fusión en que Primadera absorbió a Celeste Capital; y (ii) la Resolución Sanción fue notificada oportunamente, atentamente solicito se sirva realizar las siguientes declaraciones:

2.1. Que se declare la nulidad parcial de los siguientes actos administrativos, en la medida en que la fusión entre Celeste Capital y Primadera no constituyó enajenación para efectos tributarios y, por lo tanto, la sanción por no declarar fue determinada indebidamente teniendo en cuenta que la operación no generó ningún ingreso para Celeste Capital:

- 1) Resolución Sanción No. 322412020000056 del 10 de marzo de 2020 proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá.
- 2) Resolución No. 003623 del 1 de junio de 2021 proferida por la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN.

2.2. Que como consecuencia de lo anterior, se restablezca en su derecho a Primadera, en los siguientes términos:

(i) Que se reliquide la sanción por no declarar determinada por la DIAN en la Resolución Sanción en 10UVT, correspondientes al valor de la sanción mínima establecida en el artículo 639 del Estatuto Tributario.

2.3. Que se declare que no son de cargo de Primadera las costas y agencias en derecho que se originen en el presente proceso».

2. Los hechos.

Se exponen en la demanda introductoria del proceso, en síntesis, los siguientes:

El 1º de octubre de 2018, la DIAN profirió el Emplazamiento para Declarar nro. 322402018000185, notificado el 3 de octubre de 2018, mediante el cual invitó a la

EXPEDIENTE Nro. 25000-23-37-000-**2021-00590-00**
DEMANDANTE PRIMADERA SAS
DEMANDADO: U.A.E. DIAN

contribuyente a presentar la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2015, por la enajenación de la inversión extranjera.

El 11 de febrero de 2018, el representante legal de Primadera S.A.S., absorbente mediante fusión de la sociedad extrajera Celeste Capital Ltda., dio respuesta al emplazamiento con radicado nro. 032E2018087473.

El 10 de marzo de 2020, la DIAN profirió la Resolución Sanción por no Declarar nro. 32412020000056, por concepto de operaciones de enajenación de inversión extranjera por valor de \$13.774.311.500.

El 30 de julio de 2020, la contribuyente interpuso recurso de reconsideración, el cual fue resuelto mediante la Resolución nro. 0003623 de 1 de junio de 2021 confirmando el acto sancionatorio.

3. Normas violadas.

Considera la parte demandante que, con la expedición de los actos administrativos acusados, se violan las siguientes disposiciones normativas:

- Artículos 319-5, 319-6 (especialmente su parágrafo 2), 319-7, 326, 683 y 742 del Estatuto Tributario.
- Artículo 42 de la Ley 1437 de 2011.

4. Concepto de violación.

La sociedad Primadera SAS, quien actúa como parte actora dentro de la *litis*, esquematizó su concepto de violación como a continuación se resume:

4.1. Cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 319-6 del E.T. para que la fusión reorganizativa entre Celeste Capital y Primadera tenga efectos neutros en materia tributaria.

Las entidades intervenientes en una fusión, sea como absorbentes (como es el caso de Primadera) o como absorbidas (como es el caso de Celeste Capital), no experimentan ingreso gravable alguno como consecuencia de la transferencia de activos entre sí, ni dicha transferencia constituye enajenación para efectos fiscales.

Adicionalmente, existen los siguientes efectos:

(i) Para la entidad adquirente (en este caso Primadera) el costo fiscal de los bienes transferidos será el mismo que tenía el enajenante (en este caso Celeste Capital) respecto de tales bienes.

-Cuenta por cobrar de Celeste Capital/Cuenta por pagar de Primadera: al concurrir las calidades de acreedor y deudor en Primadera, dicha obligación se extinguíó por confusión.

-Inversión de Celeste Capital/Capital de Primadera: al estar el capital de Primadera integrado únicamente por la inversión de Celeste Capital fue eliminado como consecuencia de la consolidación, considerando que Primadera no podía recibir sus propias acciones (activo en el que estaba representada la inversión de Celeste Capital).

-Adicionalmente, fue necesaria la eliminación de COP\$2.840.731.685 por concepto de diferencia en cambio por efectos de la fusión. Celeste Capital era una sociedad extranjera no obligada a llevar contabilidad en Colombia, que solamente expresó sus balances en pesos colombianos para efectos de la fusión al 30 de septiembre de 2014.

(ii) Los bienes transferidos conservarán para efectos fiscales en la entidad adquirente (Primadera), la misma naturaleza de activos fijos o móviles que tenían para la entidad enajenante (Celeste Capital) en el momento de la respectiva fusión.

-Teniendo en cuenta que los únicos dos activos que tenía Celeste Capital eran la inversión y la cuenta por cobrar a Primadera, los cuales fueron eliminados por la aplicación de la técnica contable, la condición establecida en el numeral

3 del artículo 319-6 tampoco resulta aplicable considerando que dichos bienes no fueron transferidos a Primadera.

Atendiendo al numeral 4 del artículo 319-6 del E.T., no se considera que existe enajenación de acciones entre los accionistas de las sociedades intervenientes en la fusión, siempre y cuando:

(i) Los accionistas titulares de por lo menos el 85% de las acciones, derechos económicos y políticos en las entidades fusionadas, participen luego de la fusión en la entidad absorbente (Primadera) con acciones, derechos económicos y derechos políticos equivalentes en sustancia, a aquellos que tenían antes de la fusión.

-Como consecuencia de la fusión entre Celeste Capital y Primadera, Celeste Business S.L., en su condición de accionista y titular del 100% de las acciones de Celeste Capital (único accionista de Primadera), quedó como único accionista y titular del 100% de las acciones de Primadera, conservando así acciones, derechos económicos y derechos políticos equivalentes en sustancia a aquellos que tenía en Celeste Capital antes de la fusión, tal y como consta en el libro de registro de accionistas de Primadera.

(ii) La participación o derechos que reciba el respectivo accionista en la entidad resultante de la fusión constituya no menos del 99% de la contraprestación que reciba el respectivo accionista por sus acciones o derechos en la entidad absorbente sobre bases comerciales razonables según las mismas se reflejen en el método de valoración y en el mecanismo de intercambio adoptado para la respectiva fusión.

-Conforme a la relación de intercambio de la fusión y al compromiso de fusión, la participación y derechos que recibió Celeste Business S.L. en Primadera constituye el 100% de la contraprestación recibida por Celeste Business S.L. por la participación que tenía en Celeste Capital.

(iii) Los accionistas mantengan como costo fiscal respecto de las acciones que reciban en la entidad adquirente respectiva (Primadera), el mismo costo fiscal que tenían respecto de las acciones en la entidad enajenante (Celeste Capital), sin que se

entienda que existe solución de continuidad en la propiedad sobre la inversión, ni que haya lugar a cambio alguno en cuanto a la naturaleza de la inversión como activo fijo o móvil.

El costo fiscal de las acciones que recibió Celeste Business S.L. en Primadera (US\$17.700.000), es el mismo costo fiscal que Celeste Business S.L. tenía en Celeste Capital, tal y como se evidencia en el balance general consolidado de Primadera a 30 de septiembre de 2014 (Anexo 8). Celeste Business S.L. conservó las acciones como activo fijo.

(iv) Los accionistas de las sociedades enajenantes (Celeste Capital) no reciban dinero u otras especies distintas de acciones o derechos en la entidad adquirente (Primadera) como contraprestación por todas o parte de las acciones que tenían en las entidades enajenantes.

-La única contraprestación que recibió Celeste Business S.L. por las acciones que tenía en Celeste Capital fueron las 1.014.240 acciones en Primadera, cuya emisión consta en el libro de registro de accionistas de Primadera. Celeste Business S.L., no recibió ninguna contraprestación en dinero o en especie diferente tal y como se acredita en el plan de fusión y en el Compromiso de Fusión.

Por lo anterior, considera que la fusión entre Celeste Capital y Primadera no es una enajenación para efectos tributarios y, por lo tanto, no es procedente la presentación de la declaración de renta por cambio de la titularidad de la inversión extranjera.

De manera que como lo consideró la DIAN en el Concepto 038762 de 2003 reiterado en el Oficio 10454 de 2016 cuento no existe enajenación entre las sociedades fusionadas o escindidas no es exigible la presentación de la declaración de renta y complementarios.

4.2. Violación de los artículos 638 y 730 del Estatuto Tributario y del artículo 137 del CPACA por falta de competencia de la DIAN para expedir la Resolución Sanción.

De conformidad con el artículo 1º del Decreto 1242 de 2003, la declaración de renta por cambio de la titularidad de la inversión extranjera debió ser presentada por Celeste Capital dentro del mes siguiente a la fecha de la fusión (la cual, como se demostró, se formalizó y surtió efectos inmediatos entre las partes con el compromiso de fusión celebrado el 24 de noviembre de 2014), por lo que el término para declarar venció el 24 de diciembre de 2014. Esto implicaba que la DIAN contaba con un término de 5 años, contados a partir del vencimiento del plazo señalado para declarar, para proferir y notificar la resolución sancionatoria; esto es el 24 de diciembre de 2019. No obstante, la DIAN notificó la resolución sanción a Primadera el 11 de marzo de 2020 cuando ya se encontraba vencido el término perentorio del artículo 638 del E.T.

4.3. Violación del artículo 643 del Estatuto Tributario por indebida liquidación de la sanción por no declarar.

Señala que para determinar los «ingresos brutos» de Celeste Capital con ocasión de la supuesta «enajenación» de las acciones de Primadera, en el emplazamiento y en la resolución sanción la DIAN tomó como base para el cálculo de la sanción por no declarar el valor intrínseco de las acciones adquiridas por menos de 2 años por la suma de COP\$19.343.072.000.

Sin embargo, como la fusión entre Celeste Capital y Primadera es una operación neutra fiscalmente, es claro que, con ocasión de la fusión, Celeste Capital no experimentó ingreso gravable alguno (ingreso bruto fiscal COP\$0) y, por lo tanto, la base sobre la cual se debe calcular la sanción por no declarar debe ser COP\$0.

B. ARGUMENTOS DE DEFENSA.

Mediante escrito allegado digitalmente el 25 de mayo de 2022, la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, actuando por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones consignadas en el libelo demandatorio, señalando lo siguiente:

Frente a la prescripción de la facultad sancionatoria aduce que, dentro de los antecedentes administrativos obra prueba en que el contribuyente realizó una operación de venta de su inversión en la sociedad Primadera S.A.S, cuando formalizó la operación de enajenación de sus acciones, situación que se dio el día 13 de febrero de 2015, por lo tanto, teniendo en cuenta la norma anteriormente en cita, este contaba con el plazo de un mes a partir del 13 de febrero de 2015, esto es hasta el 13 de marzo de 2015. De ahí, desde la ocurrencia del hecho sancionatorio se cuenta con el término de 5 años para proferir la resolución sanción, así las cosas, la Administración profirió el acto administrativo dentro del término, como quiera que esta se dio el 10 de marzo de 2020.

Agrega que la inscripción de la fusión en el registro mercantil es el requisito para su formalización y oponibilidad frente a terceros, de conformidad con el artículo 158 del Código de Comercio, y solo a partir de ello, se puede contar el término de un mes para la debida presentación de la declaración y posterior a ello, contar el término con el que contaba la Administración para proferir la resolución sanción por no declarar.

Respecto a la obligación de presentar la declaración de renta afirma que, en los antecedentes administrativos se logra evidenciar que la sociedad Celeste Capital Limited, enajenó un activo consistente en las acciones el 13 de febrero de 2015, prueba que obra en el formulario de sustitución de inversión Extranjera en Colombia CIE06573, que fue radicado en el Banco de la República, con fecha del 8 de julio de 2015, numero de radicación 227796, en el cual consta la cancelación de la inversión en Colombia por valor de \$13.774.311.500, número de acciones 137.743.115, teniendo como sociedad receptora Primadera SAS.

La sociedad Celeste Capital Limited se encontraba obligada a declarar el impuesto de renta por cambio de titular de la inversión extranjera del año gravable 2015, dentro del mes siguiente del mes siguiente a la fecha de la transacción o venta, situación que lo hizo acreedor de la sanción contemplada en el numeral 1º del artículo 643 del E.T.

Dentro del expediente administrativo se evidencia copia del documento «PLAN DE FUSIÓN», copia simple del registro de acciones acompañado de una copia del balance

general consolidado a 30 de septiembre, pero la misma no se encuentra debidamente soportada, de conformidad con los artículos 743 del E.T y 167 del CGP.

Las pruebas aportadas por el contribuyente debieron reunir las condiciones de «*conducentes, pertinentes y útiles, con el fin de probar, teniendo como objeto el hecho de demostrar la realidad de la operación, con único fin de tener la certeza de los hechos que se pretendió probar, situación que a lo largo de la actuación administrativa no sucedió».*

C. ALEGACIONES FINALES.

Mediante sendos escritos enviados digitalmente el 17 de mayo de 2023, ambas partes presentaron sus alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación a la misma.

D. MINISTERIO PÚBLICO.

El señor Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, no rindió su concepto jurídico.

II. CONSIDERACIONES

Al no existir causal de nulidad que invalide lo actuado, que la demanda se presentó en tiempo y que esta Corporación es competente para dictar sentencia en primera instancia, procede la Sala a emitir su decisión.

1. Problema jurídico.

Se discute la legalidad de los siguientes actos administrativos proferidos por la DIAN en contra de la demandante, a saber:

- **Resolución nro. 322412020000056 de 10 de marzo de 2020**, por medio de la cual se impuso a Privadera SAS la sanción por no declarar el impuesto sobre la renta del año 2015 por cambio de titular de inversión extranjera.

- **Resolución nro. 003.623 de 1o. de junio de 2021**, que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra el acto anterior.

De los argumentos expuestos por las partes se colige que en esta instancia la *litis* se centra en establecer:

1.1. Si la resolución sanción por no declarar el impuesto sobre la renta, fue notificada en oportunidad a la sociedad actora, atendiendo para ello el plazo contemplado en el artículo 638 del E.T. para lo cual deberá establecerse si el hecho a partir del cual debe contarse el término es el de la celebración del acto privado de la fusión o el del registro en la cámara de comercio.

1.2. Si la sociedad Primadera estaba obligada a presentar la declaración del impuesto sobre la renta por cambio de titularidad de inversión extranjera, para lo cual se deberá establecer si, se generó utilidad por enajenación de inversión extranjera o solo se presentaron ajustes contables con efectos tributarios neutros por el proceso de fusión inversa entre la demandante y la sociedad extranjera Celeste Limited.

1.3. Si la base con la cual se calculó la sanción por no declarar en los actos acusados se ajusta a los términos establecidos en el artículo 643 del E.T.

2. Lo probado

El 1º de octubre de 2018, la DIAN profirió el Emplazamiento para Declarar No. 322402018000185 a la sociedad Celeste Capital Limited, para que cumpliera con la obligación de presentar la declaración de renta por el año gravable 2015, respecto de la cancelación de la inversión extranjera, con base en los siguientes argumentos:

"De acuerdo a la información aportada a través del Requerimiento Ordinario No. 322402017002642 del 23 de octubre de 2017, se tiene que la operación por Cancelación de la Inversión Extranjera en Colombia CIE06573 registrada ante el Banco de la República (folio 4), obedece a un proceso de reorganización empresarial (fusión reorganizativa) entre CELESTE LIMITED con NIT 900.561.873-4, sociedad con domicilio en Islas Vírgenes Británicas y PRIMADERA S.A.S con NIT 900.520.112-2 domiciliada en Colombia, como sociedad absorbida y absorbente respectivamente, la cual fue materializada el día 20 de noviembre de 2014 mediante acta No. 5 de reunión extraordinaria de asamblea de accionistas de la sociedad PRIMADERA S.A.S., inscrita en el libro de accionistas de

PRIMADERA S.A.S el 11 febrero del 2015 y en la Cámara de Comercio el día febrero del 2015, tal como se observa en los folios 87, 90 y 140 al 145.

(...)

En este sentido, la inversión realizada por CELESTE CAPITAL LIMITED para adquisición de las acciones correspondió a la suma de TRECE MIL SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS ONCE MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE (\$13.774.311.500), la cual corresponde al 100% del capital de la sociedad receptora de la inversión, esto es, PRIMADERA S.A.S, tal como se observa en el folio 112.

Respecto a las fusiones reorganizativas, el numeral 2 del artículo 319-6 del Estatuto Tributario señala que el costo fiscal de los bienes transferidos debe ser el mismo que tenía el enajenante (absorbida) respecto de tales bienes. Sin embargo, realizado el análisis del balance consolidado de las sociedades participantes en el proceso de fusión, se encontró que dicho balance y el capital de la sociedad PRIMADERA S.A.S fue eliminado (folio 149), por tanto, no se dio cumplimiento a lo previsto en el numeral 2 del artículo ibídem, máxime cuando el capital de la sociedad PRIMADERA S.A.S estaba representado en un 100% por la inversión realizada por el inversionista extranjero CELESTE CAPITAL LIMITED (...)

De igual forma, se evidenció que los bienes transferidos no conservaron la misma naturaleza de activos, teniendo en cuenta que dichos bienes fueron transferidos a la sociedad absorbente PRIMADERA S.A.S, desconociendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 319-6 (folio 149). ”

El 2 de noviembre de 2018, la representante legal de la sociedad Primadera S.A.S atendió el emplazamiento para declarar y sostuvo que no era exigible la presentación de la declaración de renta y complementarios para el año 2015, ya que en el proceso de fusión llevado a cabo con la sociedad Celeste Capital Limited no existió enajenación entre las sociedades y se cumplieron los requisitos previstos en el artículo 319-6 del E.T para que la fusión sea considerada con efectos tributarios neutros.

Con el escrito aportó el plan de fusión, el libro de accionistas de la sociedad, los estados financieros de las sociedades, las actas de la asamblea general, el balance consolidado de fusión, el registro de cancelación de la inversión, y la relación de intercambio de la fusión.

El 10 de marzo de 2020, la Administración Tributaria mediante la Resolución No. 322412020000056, sancionó a Celeste Capital Limited por no declarar el impuesto de renta y complementario del año gravable 2015, por concepto de operaciones de

EXPEDIENTE Nro. 25000-23-37-000-**2021-00590-00**
DEMANDANTE PRIMADERA SAS
DEMANDADO: U.A.E. DIAN

enajenación de inversión extranjera en la suma de \$3.868.614.000 con fundamento en las siguientes razones:

“(…)

Como resultado de lo anterior, en aplicación de las disposiciones legales citadas, se tiene que la fusión suscrita entre CELESTE CAPITAL LIMITED y PRIMADERA S.A.S. como adsorbida y adsorbente no se ajusta a las normas fiscales para tener los efectos de una fusión reorganizativa dispuesta en el artículo 319-6 del Código Tributario.

(…)

Para el caso en estudio, se tiene que, el contribuyente CELESTE CAPITAL LIMITED, NIT. 900.561.873, mediante contratos de fusión, realizó operaciones de enajenación a través de los cuales existió cambio de titularidad de 137.743.115 acciones por valor de \$13.774.311.500 el 13 de febrero de 2015, como consta en el formulario C106573, fecha operación 2015/02/13, formulario de Sustitución de Inversión Extranjera en Colombia, del Banco de la República (folio 4); razón por la cual está obligado a presentar declaración del impuesto sobre la renta y complementarios dentro del mes siguiente a la fecha de la operación, que corresponde al 13 de marzo de 2015, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 1242 de 2003, situación que no se ha cumplido a la fecha, como consta en la consulta de los sistemas electrónicos de la entidad en la obligación financiera DIAN.

(…)

Al contribuyente, se le determinaron ingresos por cambio del titular de la inversión extranjera, con fundamento en la información del Banco de la República, formulario de sustitución de inversión extranjera en Colombia CIE06573, fecha de operación 2015/02/13, por valor de TRECE MIL SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS ONCE MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE \$13.774.311.500, que corresponden a la participación en la sociedad PRIMADERA SAS, NIT. 900.520.112, por concepto de 137.743.115 acciones.”

El representante legal de Primadera S.A.S interpuso recurso de reconsideración en el que insistió en que Celeste Capital Ltda no estaba en la obligación de presentar declaración de renta por cuanto cumplió con los requisitos previstos en el artículo 319-6 del E.T. Adicional a los documentos enviados en la respuesta del emplazamiento para declarar, aportó el emplazamiento para declarar, la respuesta, la resolución sanción y el oficio 220-05672 de 2016 de la Superintendencia de Sociedades.

El 1º de enero de 2021, la entidad mediante la Resolución 003623 resolvió el recurso de reconsideración y confirmó la sanción, a partir de los siguientes fundamentos:

"En este sentido, este Despacho procederá a analizar si en el caso concreto, el acto recurrido analizó si, tal y como lo concluyó la Subdirección de Gestión de Liquidación, la fusión entre Primadera S.A.S., sociedad absorbente, y Celeste Capital Ltda., sociedad absorbida, comporta una enajenación y, por ende, se requería de la presentación de la declaración de renta por parte de Celeste Capital Ltda., por cambio en la titularidad de la inversión extranjera.

Estos requisitos se estudiaron en el texto de la resolución sanción y, de primera impresión, demostraron que, a pesar de allegar los Balances Generales de cada sociedad, así como el Balance General Consolidado de la fusión, el contribuyente no acompañó los soportes contables suficientes que permitieran hacer la trazabilidad de las operaciones de ajustes que implicó la fusión y no justificó contablemente el porqué de la disminución del patrimonio de la absorbente.

Dichos soportes resultan indispensables y necesarios para establecer si en la operación se generó un ingreso gravable, pues como lo señala la Contribuyente se realizaron algunos ajustes en el Balance General de consolidación en el que se reflejó la integración de los dos patrimonios y se aprobó reformar el capital de Primadera S.A.S. efectuando las respectivas eliminaciones en el balance consolidado de fusión, ajustes que disminuyeron el nuevo capital de la absorbente a la suma de \$101.424.000. circunstancia, por la que, en la Resolución Sanción, se le indicó la connotación de la carga probatoria y su deber de probar la razón de los movimientos contables (...)

3. Marco jurídico.

3.1 De la obligación de presentar declaración de renta por cambio de titularidad de la inversión extranjera.

De conformidad con los artículos 9, 12 y 20 del E.T. las personas físicas y jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, que no residen en el país, así como las empresas extranjeras, deben pagar el impuesto sobre la renta por sus ingresos y ganancias ocasionales que provengan de fuentes nacionales.

Según el artículo 24 del mismo estatuto, se consideran ingresos de fuente nacional aquellos obtenidos a través de la venta de bienes materiales e inmateriales y, en general, los obtenidos por inversionistas extranjeros que realizan operaciones en el país al momento de la venta.

Ahora, toda entidad o persona extranjera sin domicilio en Colombia que tenga una inversión en el territorio nacional al momento de enajenar esta inversión se encuentra

obligado a cumplir con las obligaciones tributarias. Estas personas deben presentar declaración del impuesto sobre la renta y complementarios con pago del impuesto a cargo generado por cada operación o transacción, directamente o a través de su representante, agente o apoderado, en los bancos y demás entidades autorizadas, ubicados en la jurisdicción de la DIAN que corresponda a la dirección del representante, agente o apoderado del inversionista según el caso.

El artículo 326 del E.T. establece que:

“Para autorizar el cambio de titular de una inversión extranjera, el organismo nacional competente deberá exigir que se haya acreditado, ante la Dirección General de Impuestos Nacionales (Hoy UAE Dirección de impuestos y aduanas nacionales), el pago de los impuestos correspondientes a la respectiva transacción o se haya otorgado garantía del pago de dicho impuesto.

*Parágrafo1. Para acreditar el pago de los impuestos correspondientes a la respectiva transacción, el titular de la inversión extranjera que realiza la transacción deberá presentar declaración de renta y complementarios con la liquidación y pago del impuesto que se genere por la respectiva operación, en los bancos autorizados, para lo cual podrá utilizar el formulario señalado para la vigencia gravable inmediatamente anterior, de lo contrario no se podrá registrar el cambio de titular de la inversión.

La anterior disposición fue reglamentada por los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Reglamentario 1242 de 2003, de los cuales se establecen los siguientes supuestos:

- Los titulares de la inversión extranjera que enajenen su inversión deben presentar declaración del impuesto sobre la renta y complementarios con pago del impuesto a cargo generado por cada operación o transacción.
- La presentación de la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios por cada operación será obligatoria, aún en el evento en que no se genere impuesto a cargo por la respectiva transacción.
- La declaración de renta y complementarios se deberá presentar dentro del mes siguiente a la fecha de la transacción o venta, para lo cual se podrá utilizar el formulario prescrito por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para el año gravable inmediatamente anterior o el que esta misma entidad autorice para el efecto.

- Al registrar el cambio de titular de la inversión, para efectos fiscales, el inversionista debe presentar los documentos exigidos por el Banco de la República y los que acrediten la declaración, liquidación y pago del impuesto generado en la respectiva operación.
- La documentación soporte de dicha declaración se debe conservar por el término previsto en el artículo 632 del E.T., para ser presentada cuando la DIAN la requiera.

En sentencia de 15 de mayo de 2019, el Consejo de Estado, se pronunció frente a la legalidad del Decreto Reglamentario 1242 de 2003 en el siguiente sentido:

"Las normas transcritas denominan como "transacción" u "operación" los actos que dan lugar al cambio de titular de la inversión, y con ello, a la obligación de presentar la declaración de renta de que trata el artículo 326 E.T. Por su parte, el Decreto 1242 de 2003 utiliza las expresiones "transacción o venta", "transferencia", "transferencias", "venta" y "enajenación" para identificar las mismas operaciones.

(...)

Es claro que mediante términos como "transacción o venta", "transferencia", "transferencias", "venta" y "enajenación" utilizados por el reglamento, el Ejecutivo alude a los actos u operaciones celebrados por el inversionista extranjero en virtud de los cuales hay un cambio de titularidad de la inversión, y que, por tanto, habilitan la exigencia de la presentación de la declaración de renta, en aras de comprobar que se haya pagado el impuesto derivado de la misma operación.

No hay confusión o indefinición en la utilización de tales palabras en el reglamento que derive en la indeterminación de la obligación de presentar la declaración a cargo del inversionista extranjero que transfiere su inversión.

Es claro que las palabras que utiliza el Decreto 1242 de 2003 son utilizadas como equivalentes a las de la ley, para referirse siempre al acto u operación que resulta en un cambio de titularidad de la inversión.

Aún si queda alguna duda sobre el alcance de la norma según su tenor literal, para la Sala nada impide acudir a una interpretación sistemática o finalista del reglamento, de tal manera que se entienda que lo que se pretende es fijar las condiciones de cumplimiento del deber formal de presentar una declaración tributaria, siempre que en virtud de un acto jurídico haya un cambio de titular de la misma, independientemente de la denominación del acto."²

² Consejo de Estado. Sentencia de 15 de mayo de 2019. C.P Dr Milton Chaves García. Exp 19797

En virtud de lo anterior, cualquier acto que implique cambio de titularidad en una inversión extranjera obliga al inversionista a presentar declaración de renta, sin importar cómo se denomine jurídicamente la operación.

4. Análisis de la Sala.

4.1. De la oportunidad para proferir y notificar la resolución sanción por no declarar el impuesto sobre la renta por cambio de titular de inversión extranjera.

La demandante afirma que la DIAN perdió competencia para proferir y notificar la resolución sanción por no declarar, por cuanto la declaración de renta por cambio de la titularidad de la inversión extranjera debió ser presentada por Celeste Capital dentro del mes siguiente a la fecha de la fusión, lo cual sucedió el 24 de noviembre de 2014, por lo que el término para declarar venció el 24 de diciembre de 2014 y los 5 años de que trata el 638 del E.T., vencían el 24 de diciembre de 2019 y el acto sancionatorio fue notificado hasta el 11 de marzo de 2020.

Por su parte, la DIAN asegura que la contribuyente realizó una operación de venta de su inversión en la sociedad Primadera S.A.S, que se formalizó el día 13 de febrero de 2015, por lo tanto, el plazo de un mes para presentar la declaración vencía el 13 de marzo de 2015 y el término para proferir y notificar la resolución sanción el 13 de marzo de 2020 y como se realizó el 11 de marzo de 2020, se hizo en tiempo.

Al tenor de los artículos 715 y 716 del E.T. el proceso contra los obligados a declarar que no cumplen con su deber de presentar la declaración tributaria comienza con el emplazamiento para declarar. Este es un acto en el cual la Administración invita a quienes ha verificado que están obligados a declarar, para que cumplan con esa obligación dentro del plazo de un (1) mes, advirtiéndoles de las consecuencias si persisten en su omisión.

La consecuencia de no presentar la declaración dentro del plazo otorgado en el emplazamiento es la imposición de la sanción por no declarar. El procedimiento debe completarse en un plazo de cinco (5) años contados a partir del vencimiento del plazo

para declarar, so pena de operar el fenómeno de la prescripción de facultad sancionatoria de la DIAN, establecida en el artículo 638 del E.T.

El artículo 1º del Decreto Reglamentario 1242 de 2003, por el cual se reglamentan los artículos 326 y 327 del Estatuto Tributario dispone:

Artículo 1º. Obligación de presentar declaración de renta y complementarios. Para efectos de lo previsto en el artículo 326 del Estatuto Tributario, los titulares de la inversión extranjera que enajenen su inversión deberán presentar declaración del impuesto sobre la renta y complementarios con pago del impuesto a cargo generado por cada operación o transacción, directamente o a través de su representante, agente o apoderado, en los bancos y demás entidades autorizadas, ubicados en la jurisdicción de la Administración de Impuestos Nacionales o de Impuestos y Aduanas Nacionales que corresponda a la dirección del representante, agente o apoderado del inversionista según el caso.

La declaración de renta y complementarios se deberá presentar dentro del mes siguiente a la fecha de la transacción o venta, para lo cual se podrá utilizar el formulario prescrito por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para el año gravable inmediatamente anterior o el que esta misma entidad autorice para el efecto.

La presentación de la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios por cada operación será obligatoria, aún en el evento en que no se genere impuesto a cargo por la respectiva transacción.

La norma prevé la obligación de presentar la declaración del impuesto de renta, dentro del mes siguiente a la fecha de la transacción entendida como los actos u operaciones celebrados por el inversionista extranjero en virtud de los cuales hay un cambio de titularidad de la inversión.

Está acreditado que el 8 de julio de 2015 Celeste Limited canceló la inversión extranjera que tenía en la sociedad Primadera S.A.S, así lo demuestra el Formulario de Cancelación de Inversión Extranjera CIE06573 del Banco de la República, el cual identifica como inversionista³ extranjero a la sociedad Celeste Capital Limited, como empresa receptora⁴ a la sociedad Primadera S.A.S, el valor de la cancelación correspondiente a \$13.774.344.500 equivalentes a 137.743.115 acciones indicando como motivo la reorganización empresarial.

³ La persona jurídica que cancela la inversión.

⁴ Empresa que en la que se cancela la inversión información extraída de <https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/guia-diligenciar-declaracion-de-cancelacion.pdf>

Para determinar la fecha en que la sociedad Celeste Capital Limited debía presentar la declaración del impuesto renta, resulta necesario verificar la fecha de la transacción, de la que deviene a juicio de la DIAN ese cambio de titularidad, que en este caso es el proceso de fusión entre la empresa Celeste Capital Limited y Primadera S.A.S.

Los procesos de fusión de las sociedades por acciones simplificadas, como es el caso de Primadera S.A.S, la Ley 1258 de 2008 en su artículo 29 dispone que las reformas estatutarias se aprobarán por la asamblea y la determinación respectiva deberá constar en documento privado inscrito en el registro mercantil, a menos que la reforma implique la transferencia de bienes mediante escritura pública, caso en el cual se regirá por dicha formalidad.

El artículo 33 *ibidem* establece un proceso abreviado para la fusión cuando una de las sociedades posee más del 90% de las acciones de la otra, el acuerdo de fusión se hará por documento privado inscrito en el registro mercantil, salvo que implique la transferencia de bienes inmuebles, en cuyo caso debe elevarse a escritura pública.

Mediante reunión de la Asamblea General de Accionistas del 24 de noviembre de 2014, según consta en el acta nro. 5, se aprobó la fusión por medio de la cual Primadera S.A.S. absorbió a Celeste Capital Limited.

El 11 de febrero de 2015 mediante el Acta nro. 6 de la Asamblea de Accionistas de Primadera, aprobó la reforma del capital de la sociedad en virtud de la fusión aprobada en noviembre de 2014.

Estos documentos privados, que reflejan la transacción fueron inscritos en el registro mercantil el día **13 de febrero de 2015**, según consta en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad demandante. Hecho sobre el cual no existe controversia entre las partes.

Para efectos de contabilizar el término de un mes previsto para la presentación de la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios, debe tomarse como punto de partida la fecha de inscripción de la reforma estatutaria en el registro

mercantil, lo anterior, en atención a lo dispuesto en los artículos 29 y 33 de la Ley 1258 de 2008, en tanto dicha inscripción constituye el acto que formaliza jurídicamente la reforma societaria, otorgándole eficacia frente a terceros y produciendo efectos legales en el tráfico mercantil.

De manera que el término de un mes para presentar la declaración del impuesto de renta del año 2015, con el que contaba la empresa Celeste Limited, en virtud del cambio de titular de la inversión extranjera, vencía el **13 de marzo de 2015**.

Por lo anterior, el término de cinco (5) años con que contaba la DIAN para proferir y notificar la resolución sanción por no declarar inició a contabilizarse a partir del vencimiento del plazo para declarar, es decir, que corrieron desde el **13 de marzo de 2015** hasta el **13 de marzo de 2020**, y como la Resolución Sanción no por declarar No.322412020000056, se notificó el **11 de marzo de 2020** según guía de Servicios Postales Nacionales S.A. nro. PC017177815CO, esta resulta ser oportuna.

En consecuencia, el cargo no prospera.

4.2. De la obligación de la sociedad demandante de declarar el impuesto sobre la renta proveniente del cambio de titularidad de la inversión extranjera.

Como se analizó en precedencia el cambio de titularidad de una inversión extranjera, genera la obligación de presentar una declaración de renta por parte del inversionista extranjero que transfiere la inversión.

Sin embargo, alega el demandante que al no considerarse la fusión entre Celeste Capital y Primadera como una enajenación para efectos tributarios, no era procedente la presentación de la declaración de renta por cambio de la titularidad de la inversión extranjera como lo ha considerado la DIAN en No.10454 de 20165.

5 "En consecuencia, para efectos de determinar si se debe o no dar cumplimiento al artículo 326 del Estatuto Tributario y al artículo 2 del Decreto 1242 de 2003, deberán en cada caso acreditarse el cumplimiento de los requisitos consagrados en las anteriores normas, y en los eventos en que se considere que no existe enajenación entre las sociedades fusionadas o escindidas no es exigible la presentación de la declaración de renta y complementarios, bastará para el registro del cambio del titular de la inversión extranjera, allegar al Banco de la República certificación del Revisor Fiscal y/o Contador Público de la empresa receptora de la inversión (artículo 4 del Decreto 1242/03), tal como bien se precisó en el Concepto No. 038762 de julio 7 de 2003"

Para comprender los efectos de la fusión llevada a cabo entre las dos sociedades es pertinente analizar la situación de control empresarial.

4.2.1 De la situación de control entre las sociedades fusionadas.

De acuerdo con los documentos que obran en los antecedentes administrativos, está probado que, Celeste Capital Limited es una sociedad extranjera constituida en el territorio de las Islas Vírgenes Británicas, cuyo accionista principal es la empresa Celeste Business S.L, como lo demuestran las actas de asamblea general y la relación de intercambio de acciones.

El 18 de abril de 2012, mediante documento privado la sociedad Celeste Capital Limited, constituyó a la sociedad comercial Primadera S.A.S. Los estatutos de la nueva empresa reflejan lo siguiente:

“ARTÍCULO 1. NOMBRE, NACIONALIDAD Y NATURALEZA: La Sociedad será una sociedad comercial, del tipo de las sociedades por acciones simplificadas, de nacionalidad colombiana, y girará bajo la denominación social de PRIMADERA S.A.S

ARTÍCULO 2. DOMICILIO PRINCIPAL, SUCURSALES Y AGENCIAS: La Sociedad tendrá su domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., República de Colombia, pero por decisión de la Junta Directiva, podrá establecer y reglamentar el funcionamiento de sucursales, agencias y oficinas en cualquier lugar en el territorio nacional o en el exterior, así como decretar su cierre.

(...)

ARTÍCULO 6. CAPITAL SUSCRITO Y PAGADO: A la fecha del presente documento de constitución, el capital suscrito de la Sociedad es de diez millones de pesos moneda legal colombiana (\$10.000.000), dividido en cien mil (100.000) acciones de valor nominal de cien pesos (\$100) moneda legal cada una.

Parágrafo Primero: El capital se suscribe así:

Accionistas	Capital Suscrito (Pesos)	Acciones	Porcentaje
Celeste Capital Limited	\$10.000.000	100.000	100%
Total	\$10.000.000	100.000	100%

(...)"

EXPEDIENTE Nro. 25000-23-37-000-**2021-00590-00**
DEMANDANTE PRIMADERA SAS
DEMANDADO: U.A.E. DIAN

El 9 de julio de 2015, la sociedad registró en Cámara de Comercio la siguiente situación de control:

«Que por Documento Privado No. sin num de Representante Legal del 3 de julio de 2015, inscrito el 9 de julio de 2015 bajo el número 01955102 del libro IX, comunicó la sociedad matriz:

- CELESTE BUSINESS S.L

Domicilio: (Fuera Del País)

Presupuesto: Numeral 1 Artículo 261 del Código de Comercio

Que se ha configurado una situación de control con la sociedad de la referencia.

Fecha de configuración de la situación de control: 2015-02-10

Que por Documento Privado No. sin num de Representante Legal del 31 de enero de 2020, inscrito el 24 de febrero de 2020 bajo el número 02556758 del libro IX, comunicó la sociedad matriz:

- CELESTE BUSINESS S.L

Domicilio: (Fuera Del País)

Nacionalidad: Actividad: Española

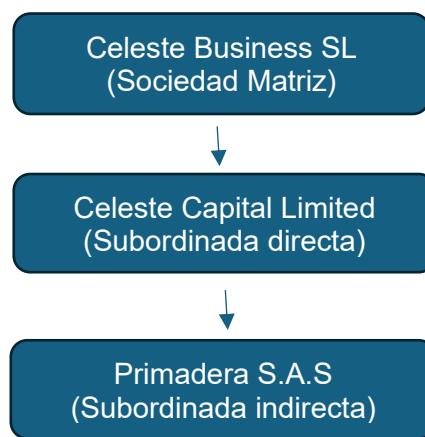
Cuya actividad principal es invertir en diversas empresas.

Presupuesto: Numeral 1 Artículo 261 del Código de Comercio

Que se ha configurado una situación de grupo empresarial con la sociedad de la referencia.

Fecha de configuración de la situación de grupo empresarial 2019-12-13»

El diagrama muestra la estructura de control y subordinación entre las sociedades vinculadas, así:



De acuerdo con lo anterior, Celeste Bussines S.L es la sociedad matriz, cuya filial es Celeste Capital Limited, quien figura como filial de sociedad extranjera y era a su vez propietaria de Primadera S.A.S (sociedad colombiana), al poseer el 100% de las acciones.

De lo anterior infiere la Sala que la sociedad Celeste Capital Limited fue creada como una sucursal de Celeste Business S.L, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 471 del Código de Comercio, a fin de ejercer una actividad económica en el país a través de la sociedad Primadera S.A.S

4.2.2 Del proceso de fusión empresarial

El título IV del Capítulo II del Estatuto Tributario regula el tema de las reorganizaciones empresariales y divide las fusiones y escisiones en adquisitivas y reorganizativas.

El artículo 319-5 del E.T dispone que se entiende por fusiones y escisiones reorganizativas aquellas fusiones en las cuales las entidades participantes en la fusión estén vinculadas entre sí y aquellas escisiones en las cuales la entidad escindente y las entidades beneficiarias, si existieren al momento de la escisión, estén vinculadas entre sí.

También tendrán el carácter de fusiones reorganizativas aquellas fusiones por absorción entre una sociedad matriz y sus subordinadas.

Respecto de este último tipo de fusión donde están involucradas la filial y la matriz, la Superintendencia de Sociedades, ha considerado que se configura una modalidad de fusión, denominada “*fusión inversa*” definida en los siguientes términos:

“(...) aquella fusión vertical por la cual una sociedad filial absorbe a su matriz, la que se disuelve transmitiendo la totalidad de su patrimonio y accionistas o socios a esta última, que la sucede en todos sus derechos y obligaciones”. Al tratarse la fusión inversa de una subclasificación de fusión, posee los elementos y características generales o comunes a toda fusión”

(...)

En el entendido que al amparo de la normatividad que gobierna en el país el tratamiento de la fusión de sociedades, la operación propuesta correspondería a la modalidad de una fusión por absorción, en la que la sociedad absorbente es filial de la absorbida, que es su matriz o controlante, y teniendo en cuenta que las disposiciones legales antes invocadas, no establecen condiciones especiales, ni restricciones de ninguna índole para la fusión, en consideración a la relación de control que pudiere existir entre las sociedades intervenientes, lo que igualmente se predica respecto de las normas que en materia de matrices y subordinadas consagran los artículos 26 y siguientes de la Ley 222

de 1995, las que no hacen siquiera referencia a los procesos indicados, es dable colegir a juicio de esta Entidad, que una integración de las características descritas, que fiscalmente responde al concepto de fusión reorganizativa, puede ser viable jurídicamente, independientemente de que la sociedad resultante, sea la subordinada como en esta oportunidad se plantea, sin que por la ocurrencia de esa sola circunstancia se exijan condiciones o requisitos diferentes a los que las disposiciones legales aludidas imponen para ese efecto, bien que la filial absorbente sea o no ciento por ciento (100%) de la sociedad matriz que será absorbida.⁶.

En cuanto al tratamiento contable de este tipo de fusión la misma autoridad, como la encargada de supervisar los procesos de reorganización empresarial considera:

*"En lo que corresponde al tratamiento contable, la Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control, mediante Memorando 300-000230 del pasado 17 de marzo manifestó que, en su concepto, la fusión en virtud de la cual una sociedad subordinada absorbe a su matriz titular del 100% de sus acciones, no está sujeta a un tratamiento contable especial. En su opinión, es de destacar "**que las acciones de la absorbida en la absorbente serán canceladas con efecto neutro en su capital y deberán ser expedidas nuevamente a favor de los accionistas de la absorbida en la misma proporción que tenían en esta, a menos que los asociados, por unanimidad, acuerden una distribución diferente**"⁷ (Se resalta)*

Ahora en lo atinente a los efectos que tienen estas formas de reorganización empresarial, el artículo 319-6 *ibidem*, dispone entre otros los siguientes:

1. No se entenderá que las entidades intervenientes en la respectiva fusión o escisión, sea como absorbidas o escindentes (es decir, como enajenantes) o como absorbentes resultantes de la fusión o beneficiarias (es decir, como adquirentes), experimentan ingreso gravable alguno como consecuencia de la transferencia de activos entre sí, ni se entenderá que dicha transferencia constituye enajenación para efectos fiscales.
2. Para la entidad adquirente el costo fiscal de los bienes transferidos será el mismo que tenga la enajenante respecto de tales bienes, de lo cual se dejará constancia en el documento que contenga el acto jurídico de fusión o escisión. Para efectos de depreciación o amortización fiscal en cabeza de la entidad adquirente, no habrá lugar a extensiones o reducciones en la vida útil de los bienes transferidos, ni a modificaciones del costo fiscal base de depreciación o amortización.
3. Los bienes transferidos conservarán para efectos fiscales en la entidad adquirente, la misma naturaleza de activos fijos o móviles que tengan para la entidad enajenante en el momento de la respectiva fusión o escisión.

No se considera enajenación de acciones si se cumple, además con estos requisitos:

⁶ Superintendencia de Sociedades Oficio 220-174165 del 11 de noviembre de 2021.

⁷ Superintendencia de Sociedades oficio 220-056752 del 29 de marzo de 2016

- a)** Al menos el 75% de los accionistas de cada entidad fusionada deben participar en la entidad resultante con derechos equivalentes.
- b)** En escisiones, al menos el 75% de los accionistas deben participar en la escindiente o en las beneficiarias con derechos equivalentes.
- c)** Al menos el 90% de la contraprestación debe consistir en acciones o derechos en la entidad adquirente.
- d)** El costo fiscal de las nuevas acciones será el mismo que el de las anteriores, sin que se considere cambio en la propiedad.
- f)** Si algún accionista no recibe acciones como contraprestación, se considera que hubo enajenación y se aplica la tributación correspondiente.

El citado artículo establece un régimen de neutralidad fiscal para las fusiones y escisiones reorganizativas, siempre que se cumplan los requisitos señalados.

La norma dispone que, cuando se trata de una fusión la transferencia de activos entre entidades intervenientes no se considera ingreso ni enajenación.

A contrario sensu el Artículo 319-7 E.T. dispone que las fusiones y escisiones que no cumplan con las condiciones y requisitos anteriores constituyen enajenación para efectos tributarios y están gravadas con el impuesto sobre la renta y complementarios.

De conformidad con lo anterior procede la Sala a determinar si la fusión entre Primadera S.A.S. y Celeste Capital Ltda., comporta una enajenación y, por ende, requería de la presentación de la declaración de renta por parte de Celeste Capital Ltda., por cambio en la titularidad de la inversión extranjera o por el contrario la operación cumple con los requisitos previstos en el artículo 319-6 del E.T para ser considerada como neutral.

Mediante acta No. 5 del 24 de noviembre de 2014 la Asamblea General de Accionistas de Primadera S.A.S aprobó el compromiso de fusión entre Celeste Capital Limited (Absorbida), y Primadera S.A.S. (Absorbente) y los balances de fusión con corte a 30 de septiembre de 2014.

Del compromiso de fusión contenido en el acta se lee lo siguiente:

“CONSIDERACIONES

(...)

(iii) La Absorbida es propietaria de 137.743.115 acciones de la Absorbente, siendo el accionista de esta sociedad. Adicionalmente, la Absorbida realizó un anticipo para futuras capitalizaciones, el cual, hasta antes de la solemnización de la reforma estatutaria consistente en la fusión, podrá, según acuerdo de las partes dentro de este término, (i) capitalizarse, (ii) eliminarse contablemente por efecto de la fusión o; (iii) devolverse a la Absorbida la suma por anticipo para futuras capitalizaciones. Lo anterior será al criterio de las partes y se reflejará dentro u balance final.

4. TRANSFERENCIA DE ACTIVOS Y ASUNCIÓN DE OBLIGACIONES

Por virtud de la escritura pública que solemnice la fusión internacional de que da cuenta el presente Compromiso, la Absorbente quedará como propietaria y titular de la totalidad de los activos que en ese momento posea la Absorbida, entendiéndose que la escritura pública de fusión será, de conformidad con la ley colombiana, título traslático de dominio de dichos bienes.

Igualmente, por virtud de la fusión, la Absorbente asumirá el pago de los pasivos, en caso de existir, y el cumplimiento de las obligaciones de la Absorbida.

9. ASPECTOS TRIBUTARIOS

En virtud de lo dispuesto por el artículo 14-1 del Estatuto Tributario colombiano, no existirá, para efectos fiscales en Colombia, enajenación por la transferencia de activos y pasivos de la Absorbida en favor de la Absorbente. En todo caso, la Absorbente asumirá, por virtud de la fusión, los impuestos y contingencias fiscales que a la fecha del perfeccionamiento de la operación existan a cargo de la Absorbida o que incluso surjan con posterioridad.

12. INTERCAMBIO DE ACCIONES Y CUOTAS

Teniendo en cuenta la información contable a treinta (30) de septiembre de 2014 consignada anteriormente, el procedimiento de intercambio de acciones que a continuación se describe, y cuyo cálculo se adjunta como Anexo No. 5, tiende a garantizar que no se produzca como consecuencia de la fusión, enriquecimiento o empobrecimiento patrimonial alguno para los accionistas de la Absorbida ni de la Absorbente. En consecuencia, dicho intercambio será como sigue:

(i) Se realizan los cruces de cuentas necesarios entre la Absorbente y Absorbida.

(ii) Como el accionista de la Absorbente es la Absorbida, el único accionista de la Absorbida pasa a ser el único accionista de la Absorbente, con el capital que resulte de la consolidación de balances y del cruce de cuentas mencionado en el punto anterior.

Bajo el método de intercambio descrito, no se presenta como consecuencia de la fusión, enriquecimiento o empobrecimiento alguno para el accionista de la Absorbente y Absorbida.” (Resaltado de la Sala)

Con lo anterior, es claro que Primadera S.A.S. absorbió a su propia controlante directa, Celeste Capital, tras la operación, Primadera subsistió como única sociedad y Celeste desapareció. Como resultado, Primadera pasó a ser controlada directamente por la empresa Celeste Business SL, quien originalmente era la accionista de Celeste Capital, simplificando la estructura empresarial.

Esta operación constituye una fusión inversa, acordada bajo condiciones de neutralidad patrimonial y fiscal. En virtud del acuerdo, la sociedad absorbente (Primadera S.A.S.) asumió la totalidad de los activos y pasivos de la sociedad absorbida (Celeste Capital Limited).

En el marco del proceso de reorganización, Celeste Capital Limited presentó ante el Banco de la República el formulario CIE06573 de cancelación de inversión extranjera, por un valor de \$13.774.311.500, correspondiente a 137.743.115 acciones, como consecuencia las acciones de Primadera S.A.S pasaron a nombre de Celeste Business SL (sociedad matriz), como se acredita con el acta No. 6 de 11 de febrero de 2015 donde se dispuso:

“Parágrafo primero: El capital de la sociedad como consecuencia de la fusión con Celeste Capital Limited se suscribe así:

Accionista	Capital suscrito	Acciones	Porcentaje
Celeste Business S.L	\$101.424.000	1.014.240	100%
Total	\$101.424.000	1.014.240	100%

Información que fue certificada por el Revisor Fiscal de Primadera S.A.S el 8 de noviembre de 2017, de acuerdo con el libro de registro de accionistas, registros contables y los libros de la sociedad al 28 de febrero de 2015.

Los efectos patrimoniales derivados de la fusión se reflejan en el balance con corte al 30 de septiembre de 2014, en el cual se consignan los valores correspondientes de ambas empresas antes de la fusión, así como el balance consolidado resultante posterior a la misma:

EXPEDIENTE Nro. 25000-23-37-000-**2021-00590-00**
DEMANDANTE PRIMADERA SAS
DEMANDADO: U.A.E. DIAN

Concepto	BALANCE PRIMADERA S.A.S	BALANCE CELESTE CAPITAL	ELIMINACIONES	BALANCE CONSOLIDADO
Activos				
Activos corrientes				
Efectivo	328.125.577.78			328.125.577.78
Inversiones negociables	5.077.233.55	65.621.328.000	(65.621.328.000)	5.077.233.55
Deudores neto	1.752.340.593.82	20.284.800.000.	(20.284.800.000)	1.752.340.593.82
Activos diferidos	17.484.326.843.54			17.484.326.843.54
Total, activos corrientes	19.569.870.253.57	85.906.128.000	- 85.906.128.000	19.569.870.253.57
Activos no corrientes				
Propiedades planta y equipo	64.710.937.98.354			64.710.937.98.354
Intangibles neto	6.461.058.660			6.461.058.660
Valorizaciones de activos	23.313.312.046			23.313.312.046
Total, activos no corrientes	94.485.308.689.54			94.485.308.689.54
Total activos	114.055.178.943.21	85.906.128.000.	- 85.906.128.000	114.055.178.943.21
Pasivos y patrimonio de los accionistas				
Pasivos corrientes				
Obligaciones financieras	5.841.296.336.44			5.841.296.336.44
Proveedores y cuentas por pagar	7.133.663.629.37			7.133.663.629.37
Pasivos laborales	86.304.439.15			86.304.439.15
Pasivos estimados y provisiones	305.962.500.42			305.962.500.42
Otros pasivos	20.312.001.738.83.		(19.289.052.814.30)	1.022.945.924.53
Total de los Pasivos corrientes	33.679.228.644.21		-19.289.052.814.30	14.390.175.829.91
Pasivos no corrientes				
Obligaciones financieras	43.288.326.753.00			43.288.326.753.00
Total de los pasivos no corrientes	43.288.326.753.00			43.288.326.753.00
Total de los pasivos	76.967.555.397.21		-19.289.052.814.30	57.678.502.582.91
Patrimonio de los accionistas				
Capital	13.774.311.500.00	101.424.000.00	(13.774.311.500.00)	101.424.000.00
Prima en colocación de acciones		35.802.672.000.00		35.802.672.000.00
Superavit por valorizaciones	23.313.312.046.00	50.002.032.00.00	(50.002.032.000.00)	23.313.312.046.00
Efectos de consolidación			(2.840.731.685.70)	-2.840.731.685.70)
Total patrimonio de los accionistas	37.087.623.546.00	85.906.128.000.00	-66.617.075.185.70	56.376.676.360.30
Total pasivos y patrimonio de los accionistas	114.055.178.943.21	85.906.128.000.00	-85.905.128.000.00	114.055.178.943.21
Tasa de cambio de conversión pesos a dólares		2.028.48		

El balance refleja la situación financiera individual de cada empresa antes de la reorganización, así como el estado consolidado de Primadera SAS resultante tras su integración del que se advierte lo siguiente:

-Activos Corrientes: los activos corrientes de Primadera S.A.S. después de la fusión es el mismo que tenía antes, es decir, \$19.569.870.253.57.

-Pasivos: Antes de la fusión, Primadera S.A.S. registraba pasivos por un total de \$76.697.555.397.21. Después de la fusión, los pasivos consolidados disminuyeron a \$57.678.502.582.91, lo que representa una reducción de \$19.289.052.00814.30, correspondiente a las eliminaciones aplicadas, especialmente en la cuenta de “Otros pasivos”.

Patrimonio: El patrimonio de Primadera S.A.S. se mantuvo igual antes y después de la fusión.

Con el fin de comprender el impacto contable en materia de fusiones inversas la Sala se detiene en lo siguiente:

De acuerdo con lo establecido por la Superintendencia Financiera en la Circular externa 052 de 2006 define los estados financieros consolidados como aquellos “(...) *que presentan la situación financiera, los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio así como los flujos de efectivo de la entidad matriz o controlante y sus subordinadas o dominadas, sometidas todas las anteriores a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, como si fuesen los de una sola empresa, lo cual supone la eliminación de los saldos y transacciones recíprocas entre las entidades objeto de consolidación*”.

En el mismo sentido, la Superintendencia de Sociedades precisa que en las fusiones reorganizativas se debe utilizar el método de los valores contables preexistentes o integración línea a línea, bajo el cual las partidas del estado de situación financiera y el estado de resultados y otro resultado integral de las entidades empresariales a fusionarse se suman luego de efectuar las eliminaciones y ajustes pertinentes provenientes de las transacciones recíprocas, así como de la inversión en las absorbidas cuando esta existiere⁸.

Este tratamiento coincide con lo dispuesto por las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), particularmente la NIIF 10, párrafo B86, que establece la obligación de:

“Procedimientos de consolidación

⁸ <https://www.supersociedades.gov.co/web/nuestra-entidad/cap-4-reformas-estatutarias>

B86 Los estados financieros consolidados:

(a) Combinan partidas similares de activos, pasivos, patrimonio, ingresos y gastos, y flujos de efectivo de la controladora con los de sus subsidiarias.

(b) Compensan (eliminan) el importe en libros de la inversión de la controladora en cada subsidiaria y la parte de la controladora en el patrimonio de cada subsidiaria (la NIIF 3 explica la forma de contabilizar la plusvalía relacionada).

(c) Eliminan en su totalidad los activos y pasivos, patrimonio, ingresos, gastos y flujos de efectivo intragrupo relacionados con transacciones entre las entidades del grupo (resultados del periodo procedente de transacciones intragrupo que están reconocidos en activos, tales como inventarios y activos fijos, se eliminan totalmente). Las pérdidas intragrupo pueden indicar un deterioro de valor que requerirá su reconocimiento en los estados financieros consolidados. La NIC 12 Impuesto a las Ganancias se aplicará a las diferencias temporarias que surjan como consecuencia de la eliminación de las ganancias y pérdidas derivadas de las transacciones intragrupo.”

De lo anterior colige la Sala que, en la fusión inversa, las inversiones recíprocas y las cuentas mutuas entre las involucradas deben eliminarse contablemente, de manera que en los estados financieros resultantes no subsistan saldos que representen relaciones patrimoniales o de deuda entre entidades que, jurídica y contablemente, pasan a ser una sola unidad económica.

- De los activos.

La DIAN, en el emplazamiento para declarar cuestionó acerca de la reclasificación de los activos los cuales, a su juicio, no conservaron su naturaleza contable tras la operación, sin precisar cuáles fueron los cambios.

El artículo 319-5 del E.T dispone que en las fusiones reorganizativas “Los bienes transferidos conservarán para efectos fiscales en la entidad adquirente, la misma naturaleza de activos fijos o móviles que tengan para la entidad enajenante en el momento de la respectiva fusión o escisión.”

En el balance consolidado, respecto de los activos se advierte lo siguiente:

EXPEDIENTE Nro. 25000-23-37-000-**2021-00590-00**
DEMANDANTE PRIMADERA SAS
DEMANDADO: U.A.E. DIAN

Concepto	BALANCE PRIMADERA S.A.S	BALANCE CELESTE CAPITAL	ELIMINACIONES	BALANCE CONSOLIDADO
Activos				
Activos corrientes				
Efectivo	328.125.577.78			328.125.577.78
Inversiones negociables	5.077.233.55	65.621.328.000	(65.621.328.000)	5.077.233.55
<u>Deudores neto</u>	1.752.340.593.82	20.284.800.000.	(20.284.800.000)	1.752.340.593.82
Activos diferidos	17.484.326.843.54			17.484.326.843.54
Total, activos corrientes	19.569.870.253.57	85.906.128.000	- 85.906.128.000	19.569.870.253.57
Activos no corrientes				
Propiedades planta y equipo	64.710.937.98.354			64.710.937.98.354
<u>Intangibles neto</u>	6.461.058.660			6.461.058.660
Valorizaciones de activos	23.313.312.046			23.313.312.046
Total, activos no corrientes	94.485.308.689.54			94.485.308.689.54
Total activos	114.055.178.943.21	85.906.128.000.	- 85.906.128.000	114.055.178.943.21

Lo anterior demuestra que los activos corrientes correspondientes a efectivo, activos diferidos y los activos no corrientes correspondientes a propiedades planta y equipo, intangibles y valorizaciones, permanecieron sin cambios después de la fusión.

Según se observa del estado financiero, los activos de Primadera mantuvieron su valor de \$19.569.870.253.57 al concluir el proceso de fusión, ni hubo cambios en su composición, y se eliminaron los activos de Celeste Limited por valor de \$85.906.128.000 correspondientes a inversiones negociables y deudores.

Los activos de Celeste Capital antes de la fusión eran los siguientes:

CELESTE CAPITAL - BALANCE GENERAL CONSOLIDADO A 30 SEPT. 2014 (pesos colombianos)			
ACTIVOS			
CUENTA POR COBRAR PRIMADERA SAS	\$	20.284.800.000	\$ 20.284.800.000
INVERSIONES PRIMADERA SAS	\$	15.619.296.000	\$ 15.619.296.000
OTROS ACTIVOS	\$	50.002.032.000	\$ 50.002.032.000
EXCEDENTE	\$	50.002.032.000	\$ 85.906.128.000
TOTAL ACTIVOS	\$	50.002.032.000	\$ 85.906.128.000

El total de activos de Celeste Capital ascendía a \$85.906.128.000 compuestos principalmente por cuentas por cobrar e inversiones realizadas en Primadera S.A.S

Revisado el balance y los estados financieros de Primadera S.A.S (antes de la fusión), advierte la Sala que registró la suma de \$20.312.001.738,83 correspondiente un pasivo corriente (otros pasivos).

En la Nota # 15 de los estados financieros está registrado como un pasivo por futuras suscripción de acciones en la suma de \$19.289.053.000 y que «...corresponde a giros realizados por Celeste Capital Limited con el fin de capitalizarlos: marzo 31 de 2014 US\$5.000.000, 30 de junio de 2014 US\$2.764.183,12 y agosto de 2014, US\$2.235.816,88, los cuales se han venido monetizando de acuerdo con las necesidades de recursos de la Sociedad», con lo anterior se entiende que, el acreedor de la referida cuenta por pagar es Celeste Capital Limited.

Sobre este punto, en materia contable la Sala realiza el siguiente análisis:

1. De la cuenta por cobrar a la sociedad Primadera SAS \$20.284.800.000

En el activo de Celeste Capital Limited, se registra una cuenta por cobrar a Primadera por \$20.284.800.000, y en el pasivo de Primadera, se registra una cuenta por pagar a Celeste Capital Limited por \$19.289.052.814, por lo que corresponde contablemente realizar la eliminación de la misma.

Se advierte en el balance de consolidación que la eliminación se realizó contablemente así:

- Deudores CR: \$19.289.052.814
- Cuenta por pagar BS: \$20.284.8000

D.CUENTA POR COBRAR (CELESTE)	D CUENTA POR PAGAR (PRIMADERA)
\$20.284.800.000	\$19.289.052.814.30
\$20.284.800.000	\$19.289.052.814.30

DIFERENCIA 1
\$995.747.185.70

2. Inversiones hechas en Primadera S.A.s	\$15.619.296.000
3. Otros activos	\$50.002.032.000
	\$ 65.621.328.000

La cuenta de Inversiones que se registra en el Balance de Celeste Capital Limited, por un total de \$65.621.328.000, es eliminada en el balance de consolidación, toda vez que la inversión correspondía a la inversión realizada por Celeste Capital Limited en la sociedad Primadera y la valorización de la misma.

El registro que se evidencia en el balance de consolidación es:

- Inversiones Cr: \$65.621.328.000 (eliminación de la inversión del activo de Celeste Capital Limited).
- Superávit por valorizaciones DB: \$50.002.032.000 (eliminación de la valorización de la inversión).
- Eliminación del Capital de Primadera DB: \$13.774.311.500 (eliminación de las acciones que tenía Celeste Capital Limited en Primadera)

D.INVERSIONES (CELESTE)	D SUPERAVIT POR VALORIZACIÒN (PRIMADERA)
\$65.621.328.000	\$50.002.032.000
\$65.621.328.000	\$50.002.032.000
	DIFERENCIA 2
D.CAPITAL (PRIMADERA)	
13.774.311.500	

Como contrapartida de la eliminación de las Inversiones de Celeste Capital Limited en Primadera, se evidencia en el balance de consolidación una eliminación en el Patrimonio por \$2.840.731.685,70, correspondiente a "efectos de consolidación", que es argumentado por el demandante como: "*concepto de diferencia en cambio por efectos de la fusión*".

Realizando el respectivo análisis, se observa que la diferencia surgió de las eliminaciones realizadas de activo y del patrimonio, así:

DIFERENCIA 1 \$995.747.185.70
DIFERENCIA 2 \$1.844.984.500
\$ 2.840.731.685,70

De lo anterior, entiende la Sala que, en el contexto de una fusión inversa, la sociedad absorbida (Celeste Capital) tenía como única actividad la tenencia accionaria de la absorbente (Primadera S.A.S), sus activos estaban compuestos principalmente por la inversión en la sociedad absorbente y cuentas por cobrar relacionadas con los rendimientos de la inversión, de manera que al desaparecer el acreedor por la absorción, confluye en la demandante la calidad de deudor – acreedor, que conlleva a la “confusión” de las obligaciones, sin que ello significara el incremento de los activos de la sociedad absorbente, o el incremento patrimonial por desaparición de las deudas con la absorbida.

Al existir una relación recíproca entre los activos de la absorbida y los pasivos de la absorbente, estos últimos también deben ser depurados del balance, garantizando una presentación coherente de la situación financiera consolidada tras la fusión.

En tal sentido los activos continúan en la entidad adquirente con la misma función y clasificación fiscal que tenían antes de la fusión, cumpliendo así con la normativa que establece que la naturaleza fiscal de los bienes no debe cambiar en estos procesos.

La DIAN cuestionó la reclasificación de los activos señalando que, a su juicio, estos no conservaron su naturaleza contable tras la operación; sin embargo, no precisó de manera concreta cuáles fueron los supuestos cambios ni presentó evidencia clara que sustente dicha afirmación. Además, la entidad no explicó ni fundamentó los cambios específicos que supuestamente se habrían producido, lo que dificulta validar el cuestionamiento. Por el contrario, se verificó, tanto con el análisis del balance consolidado como con la lógica contable aplicable a las fusiones inversas, que los activos mantuvieron su naturaleza contable y fiscal original durante el proceso de fusión.

-De la “eliminación” de \$13.774.311.500 por concepto de patrimonio.

La DIAN igualmente cuestionó el hecho de que el costo fiscal de los bienes transferidos es diferente al que tenía la sociedad absorbida toda vez que, afirma que Primadera transfirió su patrimonio constituido por inversión extranjera de 137.743.115

recibiendo los socios como contraprestación resultante de la fusión la suma de \$101.424.000 que corresponden a 1.014.240 acciones.

El numeral 2 del artículo 319-6 de E.T dispone que, para la entidad adquirente el costo fiscal de los bienes transferidos será el mismo que tenga la enajenante respecto de tales bienes, de lo cual se dejará constancia en el documento que contenga el acto jurídico de fusión o escisión.

En el caso concreto, el análisis del patrimonio de las compañías intervenientes refleja lo siguiente:

Balance Primadera: Se evidencia un total de patrimonio de \$37.087.623.546, distribuidos en Capital \$13.774.311.500 y Superavit por valorizaciones por \$23.313.312.046

Balance Celeste Capital Limited: al 30 de septiembre de 2014, poseía un patrimonio de \$85.906.128.000 distribuidos así: Capital \$101.424.000, prima en colocación de acciones \$35.802.672.000 y superavit por valorizaciones \$50.002.032.000

Balance Consolidado: un total de patrimonio de \$56.376.676.360,30, distribuido en: Capital \$101.424.000, prima en colocación de acciones \$35.802.672.000, superavit por valorizaciones por \$23.313.312.046, efectos de consolidación - \$2.840.731.685,70.

Tras la fusión entre Primadera y Celeste Capital Limited, se observa que el patrimonio consolidado resultante presenta un capital social de \$101.424.000, que corresponde al capital aportado originalmente por Celeste Capital Limited.

Respecto al capital por valor de \$13.774.311.500 que fue eliminado después del proceso de fusión, debe considerarse lo siguiente:

- En el balance de Primadera se registra un Capital de \$13.774.311.500, (137.743.115 acciones en circulación, las cuales tienen un valor unitario de

\$100 y representaban el 100% de las acciones suscritas y pagadas de la sociedad).

- El 100% de ese capital pertenecía a Celeste Capital Limite quien era el único accionista de Primadera.
- En el balance consolidado se evidencia que se disminuyó el capital de Primadera, toda vez que en la consolidación se realizó la eliminación del capital de Primadera (\$13.774.311.500). Posterior a la fusión el capital de Primadera es de \$101.424.000.

Esta participación accionaria se encuentra debidamente documentada en las actas de asamblea, los estados financieros de la sociedad, y en el formulario de cancelación de inversión extranjera presentado ante el Banco de la República, en el cual se indica que Celeste Capital Limited ostentaba una participación del 100%, equivalente a 137.473.115 acciones correspondiente a \$13.774.311.500.

En el acta No. 6 de 11 de febrero de 2015, la Asamblea General de Primadera aprobó la disminución de capital, así:

“4. Reforma Estatutaria - Disminución de Capital”

Tomó la palabra la Presidente de la reunión, para informar al accionista único que, en virtud de la fusión con Celeste Capital Ltd., aprobada mediante reunión de Asamblea de Accionistas del 24 de noviembre de 2014, y conforme se expresa en el balance consolidado de fusión con corte a 30 de septiembre de 2014, el capital de la Sociedad se disminuye a un valor de COP\$101,242,000

(...)

“Parágrafo primero: El capital de la sociedad como consecuencia de la fusión con Celeste Capital Limites se suscribe así:

Accionista	Capital suscrito	Acciones	Porcentaje
Celeste Business S.L	\$101.424.000	1.014.240	100%
Total	\$101.424.000	1.014.240	100%

(...”)

En cuanto al tratamiento contable de este tipo de fusión inversa la superintendencia de sociedades señaló “que las acciones de la absorbida en la **absorbente serán**

canceladas con efecto neutro en su capital y deberán ser expedidas nuevamente a favor de los accionistas de la absorbida en la misma proporción que tenían en esta, a menos que los asociados, por unanimidad, acuerden una distribución diferente”.

En el marco de la fusión inversa en la que Primadera S.A.S. absorbió a Celeste Capital Limited., las acciones emitidas originalmente por Primadera a nombre de Celeste fueron canceladas, en tanto que la sociedad titular de dichas acciones se extinguió como resultado de la operación. Como consecuencia correspondía emitir nuevas acciones directamente a favor de Celeste Business SL, accionista único de Celeste.

De conformidad con la NIIF 10, párrafo B86, al preparar estados financieros consolidados o al integrar patrimonialmente entidades dentro de un grupo económico, deben eliminarse en su totalidad los saldos, ingresos, gastos e inversiones recíprocas entre entidades del grupo.

En el caso concreto, como resultado de la fusión inversa mediante la cual Primadera S.A.S. absorbió a la filial Celeste Capital S.A.S., se eliminó contablemente la inversión que esta última mantenía en Primadera, así como el capital correspondiente emitido a su favor. Esta eliminación responde al principio de que una entidad no puede mantener una participación en sí misma, y refleja la cancelación de una relación recíproca.

La participación indirecta que mantenía Celeste Business SL en Primadera se reconoce ahora de forma directa mediante la asignación correspondiente de acciones, sin que ello implique una alteración del patrimonio económico consolidado del grupo.

La eliminación de la inversión de Celeste en Primadera no altera el patrimonio económico consolidado del grupo porque, el grupo sigue teniendo el mismo control y los mismos recursos antes y después de la fusión. Celeste Business S.L era dueña del 100% de Celeste, y Celeste era dueña del 100% de Primadera, es decir que Celeste Business S.L controlaba indirectamente a Primadera. El grupo tenía los activos y pasivos combinados de Celeste y Primadera, y ese era el patrimonio económico del grupo.

Después de la fusión, Celeste Limited desapareció, y Celeste Business S.L pasó a ser la dueña directa de Primadera. Los mismos activos, pasivos y negocios siguen existiendo, solo que ahora están en una sola entidad (Primadera).

En conclusión, la eliminación de la inversión de Celeste Capital S.A.S. en Primadera S.A.S., derivada de la fusión inversa, tiene un efecto neutro en el patrimonio económico del grupo, ya que no representa una pérdida ni ganancia real. Simplemente se reorganiza la estructura de propiedad, trasladando la participación indirecta de Celeste Business SL a una participación directa, sin alterar el valor total de los activos consolidados.

En atención a lo dispuesto por la Superintendencia de Sociedades, conforme al cual las acciones de la absorbida en la absorbente deben ser canceladas y emitidas nuevamente a favor de sus accionistas en la misma proporción, y considerando que Celeste Business SL era el único accionista de Celeste Capital S.A.S., se procedió a cancelar el capital de \$13.774.311.500 que Primadera S.A.S. mantenía en cabeza de la absorbida.

Así fue pactado en la sección 2 del compromiso de fusión al señalar que *“En la fecha efectiva de la Fusión, cada una de las acciones de la Sociedad Absorbida emitida y en circulación se cancelará en virtud de la Fusión y sin necesidad de recurrir a ninguna formalidad adicional de parte de su tenedor y sin dar lugar al pago de ningún tipo de remuneración y sin la conversión de la misma”*.

Posteriormente, y conforme a decisión de la asamblea de accionistas, se aprobó la emisión de acciones por un valor de \$104.424.000 a favor de Business SL quien ahora es el accionista del 100% de Primadera S.A.S. Este valor corresponde al nuevo capital suscrito y pagado de la sociedad, lo cual constituye una reorganización patrimonial formal con efecto neutro en el patrimonio económico consolidado del grupo.

En el libro de accionistas de Celeste Capital registrado en cámara de comercio, consta el historial de emisión y traspaso de acciones de la sociedad Celeste Capital Ltd en el que registra que el 18 de julio de 2012 se emitieron 33.868.460 acciones en una primera ampliación y luego, el 12 de marzo de 2013, se emitieron 103.874.655

acciones, sumando un total de 137.743.115 acciones. Sin embargo, la última anotación del 11 de febrero de 2015 da cuenta de la anulación de la totalidad de títulos emitidos por fusión el 11 de febrero de 2015, según el acta de Asamblea No.6 de 11 de febrero de 2015.

Por lo tanto, la disminución del capital refleja una decisión de la asamblea de no mantener el mismo valor nominal, lo cual es válido al ser aprobado por unanimidad, como permite el concepto de la Superintendencia.

Lo anterior advierte que la absorción de Celeste por Primadera fue una reorganización empresarial dentro del mismo grupo económico, razón por la que no se considera una venta ni una transferencia, por lo tanto, no se genera ingreso gravable.

Ahora bien, el artículo 319-7 el E.T dispone que las fusiones organizativas deberán cumplir con el requisito del artículo 319-6 *ibidem* para que no sean consideradas enajenaciones.

En este orden, después de analizadas las normas contables y los documentos que obran en el expediente, encuentra la Sala que se cumplen los requisitos dispuestos en el artículo 319-6 del E.T así:

Requisitos del artículo 319-6 del E.T	Pruebas	Observaciones
1. La transferencia de activos entre entidades participantes en la fusión o escisión no genera ingreso fiscal ni se considera una venta para efectos fiscales	<ul style="list-style-type: none"> - Compromiso de fusión. - Acta de asamblea general de accionista de 24 de noviembre de 2014, el que aprobó el compromiso de fusión. - Certificado de Existencia y representación legal con la inscripción de la fusión en el registro mercantil. - Libro de accionistas con anulación de títulos emitidos por la fusión. 	Las pruebas acreditan que la figura jurídica utilizada fue una fusión inversa, registrada e inscrita legalmente, cumpliendo el requisito formal de reorganización empresarial.
2. El costo fiscal de los bienes transferidos será el mismo que tenga la enajenante respecto de tales bienes, de lo cual se dejará constancia en el documento que contenga el	<ul style="list-style-type: none"> -Acta de Asamblea que aprueba la fusión. -Balances antes y después de la fusión. 	Respecto de la transferencia de activos en el acta de asamblea quedó constancia de que la absorbente quedara como propietaria y titular de los activos

acto jurídico de fusión o escisión.	<ul style="list-style-type: none"> - Soporte de la inversión de Celeste en Primadera por \$13.774.311.500. -Acta de Asamblea del 11 de febrero de 2015 en la cual aprobó la reforma del capital de la sociedad a la suma de COP\$101.424.000. 	<p>que en ese momento tenga la absorbida.</p> <p>La modificación del capital de \$13.774.311.500 a \$101.424.000, obedeció a la eliminación de la inversión que Celeste Capital tenía en Primadera conforme lo habilita las normas contables.</p> <p>La reforma del capital fue aprobada de manera unánime por la asamblea de accionistas quedando debidamente consignada en el acta respectiva e inscrita en el registro mercantil, lo que le otorga plena validez jurídica y societaria.</p>
3. Los bienes transferidos conservarán para efectos fiscales en la entidad adquirente, la misma naturaleza de activos fijos o móviles que tengan para la entidad enajenante en el momento de la respectiva fusión o escisión.	<ul style="list-style-type: none"> -Balance consolidado. -Actas de asamblea. - Balances de las sociedades antes de la fusión. 	<p>Como se vio en precedencia los activos mantuvieron su naturaleza contable y fiscal original durante el proceso de fusión y las eliminaciones obedecieron a los ajustes contables entre cuentas de las compañías.</p>
3.Cuando un accionista o socio participa en una fusión o escisión, debe recibir en la nueva empresa (ya sea la que absorbe o la que resulta de la fusión/escisión) al menos el 99% del valor de lo que tenía antes en la empresa original.	<ul style="list-style-type: none"> - Acta de Asamblea de aprobación de la fusión. - Libro de accionistas que registra la cancelación de títulos de Celeste. - Certificación del Revisor Fiscal de Primadera S.A.S de 8 de noviembre de 2017 donde consta que Celeste Business S.L es único accionista de Primadera. 	<p>Antes de la fusión, Celeste Bussinnes SL era accionista único (100%) de Celeste y esta, a su vez, era accionista único (100%) de Primadera. Después de la fusión inversa, Celeste Business SL pasó a ser accionista único (100%) de Primadera.</p>

En el presente caso, la operación realizada entre Celeste Capital Limited y Primadera S.A.S. corresponde a una fusión inversa, formalizada mediante acta de asamblea e inscrita en el registro mercantil. Esta operación cumple con los requisitos establecidos en el artículo 319-6 del Estatuto Tributario, por lo que se considera una reorganización empresarial y no una enajenación.

Del análisis de la titularidad y la transferencia de activos, la Sala concluye que dicha fusión no implicó un cambio real de propietario ni una transferencia económica de los bienes. Antes de la operación, Celeste Business S.L. poseía indirectamente el 100%

de Primadera a través de Celeste Capital Limited; tras la fusión, pasó a ostentar directamente ese mismo porcentaje, solo que ahora el control accionario de la matriz extranjera sobre la filial colombiana se ejerce sin la intermediación de la sociedad absorbida.

Según lo dispuesto en el numeral 2 de dicho artículo, el costo fiscal de los bienes transferidos debe ser el mismo que tenía el “enajenante”, situación que se cumplió, porque: i) la eliminación de la inversión de \$3.774.311.500 corresponde a un ajuste de consolidación, necesario para evitar que en los estados financieros aparezcan activos y pasivos duplicados por relaciones recíprocas entre las sociedades fusionadas,; ii) la disminución de capital de \$101.424.000 fue una reforma estatutaria válida, sin transferencia de activos a terceros ni enajenación ; y iii) los activos y pasivos recibidos en la sucesión universal mantuvieron el mismo valor fiscal que tenían en Celeste, en cumplimiento expreso del principio de neutralidad del artículo 319-6, lo que garantiza que no se generó renta gravada derivada de la fusión.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión no comparte la posición adoptada por la entidad demandada en cuanto a que la fusión entre Celeste Capital Limited y Primadera S.A.S. constituye una enajenación. El análisis realizado por la entidad carece de un examen detallado y riguroso sobre los supuestos cambios en los activos que fundamentarían dicha conclusión.

Por el contrario, las pruebas obrantes en el expediente acreditan que la operación se enmarcó en una reorganización empresarial, conforme a lo previsto en el artículo 319-6 del Estatuto Tributario, y que los ajustes contables registrados obedecen exclusivamente a los procedimientos propios de una fusión inversa, sin que se haya producido una modificación real del costo fiscal de los bienes transferidos ni la titularidad.

De manera que, al no acreditarse que hubo enajenación de activos que hubiere generado ingresos en cabeza de la sociedad absorbida o de la absorbente, que debieran ser declarados, concluye la Sala que la sanción impuesta por la Dian se torna en improcedente. Por contera, se anularán de los actos administrativos acusados y, a

EXPEDIENTE Nro. 25000-23-37-000-**2021-00590-00**
DEMANDANTE PRIMADERA SAS
DEMANDADO: U.A.E. DIAN

título de restablecimiento del derecho, declarará que Primadera S.A.S no está obligada al pago de la sanción por no declarar renta.

Ante la prosperidad del cargo analizado, la Sala se releva del estudio del cargo relacionado con la liquidación de la sanción por innecesario.

5. Condena en costas.

Por no haberse demostrado su causación, no se condena en costas y agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN CUARTA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley,

III. FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución Sanción por no declarar 322412020000056 de 10 de marzo de 2020, y de su confirmatoria, la Resolución 003.623 de 1º de junio de 2021, mediante los cuales se impuso la sanción por no declarar el impuesto sobre la renta del año 2015 por cambio de titular de inversión extranjera.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **DECLARAR** que Primadera S.A.S no está obligadas al pago de la sanción impuesta en los actos acusados.

TERCERO: Por no haberse causado ni demostrado, no se condena en costas.

CUARTO: NOTIFICAR por correo electrónico la presente providencia a las siguientes direcciones informadas por las partes:

Parte demandante: martin.acero@ppulegal.com

Parte demandada: notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co

Ministerio Público: procjudadm3@procuraduria.gov.co

EXPEDIENTE Nro. 25000-23-37-000-**2021-00590-00**
DEMANDANTE PRIMADERA SAS
DEMANDADO: U.A.E. DIAN

Se precisa a las partes y al Ministerio Público que para la radicación de los memoriales a que haya lugar deberá utilizarse el buzón:
<https://ventanillavirtual.consejodeestado.gov.co/>

QUINTO: Archivar el expediente, una vez ejecutoriada esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firmada electrónicamente)
CARMEN AMPARO PONCE DELGADO
Magistrada

(firmada electrónicamente)
PATRICIA AFANADOR ARMENTA
Magistrada
Con aclaración de voto

(firmada electrónicamente)
LINA ÁNGELA MARÍA CIFUENTES CRUZ
Magistrada

Se deja constancia de que la presente sentencia se suscribió electrónicamente, en virtud de lo establecido en el artículo 186 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el canon 46 de la Ley 2080 de 2021.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN CUARTA
- SUBSECCIÓN B-**

Aclaración de voto de la magistrada Patricia Afanador Armenta

EXPEDIENTE: 25000-23-37-000-2021-00590-00
MAGISTRADA PONENTE: Carmen Amparo Ponce Delgado
DEMANDANTE: Primadera S.A.S.
DEMANDADO: UAE DIAN
ASUNTO: Renta 2015. Sanción por no declarar.
Cambio de titularidad de inversión extranjera
FECHA SENTENCIA: 28 de agosto de 2025

Con todo comedimiento expongo las razones por las cuales aclaro mi voto en la decisión del 28 de agosto de 2025, mediante la cual se anularon los actos administrativos que impusieron a Primadera S.A.S. sanción por no declarar el impuesto de renta del 2015 por cambio de titular de inversión extranjera y, como restablecimiento del derecho, dispuso que no estaba obligada a pagar la sanción.

Lo anterior, porque comparto las consideraciones de la providencia sobre el cargo denominado “4.2. De la obligación de la sociedad demandante de declarar el impuesto sobre la renta proveniente del cambio de titularidad de la inversión extranjera” y la conclusión, a partir de la revisión normativa y análisis del material probatorio, que “al no acreditarse que hubo enajenación de activos que hubiere generado ingresos en cabeza de la sociedad absorbida o de la absorbente, que debieran ser declarados”, la sanción impuesta por la DIAN era improcedente.

A mi juicio, el análisis y conclusión del anterior cargo conducía a la nulidad de los actos administrativos demandados, porque al no acreditarse, por parte de la administración, que la sociedad incurrió en la conducta reprochable no era procedente imponer la sanción.

Por ese motivo, consideró que no había lugar a que se analizará, como primer cargo de nulidad, el denominado “4.1. De la oportunidad para proferir y notificar la resolución sanción por no declarar el impuesto sobre la renta por cambio de titular de inversión

extranjera", pues el ejercicio de la facultad sancionadora por parte de la DIAN está sujeta a que el obligado tributario realice el comportamiento que desde la legislación fiscal es cuestionable. De suerte que, si el contribuyente no incurre en el supuesto de hecho sancionable no debe verificarse si la entidad actuó o no de manera oportuna, pues, en cualquier caso, no debía imponerse la multa.

Por consiguiente, comparto la decisión de anular los actos administrativos y disponer que la sociedad actora no debía pagar la multa impuesta, pero discrepo, que se haya decidido en primer lugar acerca de la oportunidad para ejercer la facultad sancionadora, porque, reitero, a mi juicio, se debió decidir primeramente sí se incurrió o no en la conducta, y de haberse resuelto afirmativamente -que no ocurrió- proceder a decidir sobre el elemento temporal.

En los anteriores términos, mi aclaración de voto.

Firmado electrónicamente

PATRICIA AFANADOR ARMENTA
Magistrada

Fecha ut supra.

CONSTANCIA: La presente aclaración de voto fue firmada electrónicamente por la suscrita magistrada que integra la Subsección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la plataforma de la corporación denominada SAMAI. Se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, conforme a los artículos 186 del CPACA y 62 de la Ley 2430 de 2024.