



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá, D.C., Catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 250002327000201000293 01
Número interno: 19615
Demandante: Asesores en Valores S.A. Comisionista de Bolsa
Demandado: Bogotá D. C. - Secretaría de Hacienda Distrital
Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho
Impuesto de industria y comercio

F A L L O

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por Bogotá D.C. – Secretaría de Hacienda Distrital, contra la sentencia del 22 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que decidió:

1. Se declara la NULIDAD de la Resolución 433DDI118766 del 18 de junio de 2009 y de la Resolución No. DDI 185577 y/o 2010EE400069 de 12 de agosto de 2010, mediante las cuales la Secretaría Distrital de Hacienda Distrital le determinó

oficiosamente a ASESORES EN VALORES S.A. el impuesto de industria, comercio, avisos y tableros, por los bimestres cuarto al sexto del año gravable 2006.

2. A título de restablecimiento del derecho, se declara la firmeza de las correcciones del ICA presentadas por ASESORES EN VALORES S.A. respecto de los bimestres cuarto al sexto del año gravable 2006.

(...)

1. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

1. El 15 de diciembre de 2008, la Secretaría de Hacienda Distrital, mediante el Requerimiento Especial 2008EE771906, propuso modificar las declaraciones del impuesto de industria y comercio presentadas por la demandante por los periodos 4 al 6 de 2006, a efectos de adicionar ingresos y, como consecuencia, determinar un mayor impuesto a cargo e imponer la sanción por inexactitud.
2. El 18 de junio de 2009, la Secretaría de Hacienda Distrital, mediante la Resolución 433 DDI 118766, profirió liquidación oficial de revisión para modificar las declaraciones referidas en los términos propuestos en el requerimiento especial.
3. El 12 de agosto 2010, la Secretaría de Hacienda Distrital, mediante la Resolución DDI 185577, confirmó la liquidación oficial de revisión.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. LA DEMANDA

Asesores en Valores S.A., Comisionista de Bolsa¹, formuló las siguientes pretensiones:

PRIMERA

¹ En adelante Asesores en Valores.

Que son nulas las resoluciones número 433 DDI 118766 del 18 de junio de 2009 “por la cual se profiere Liquidación de Revisión a las declaraciones del impuesto de industria y comercio, avisos y tableros presentadas por el Contribuyente Asesores en Valores S.A. Comisionista de Bolsa NIT 890.931.609 correspondientes a los bimestres 4, 5 y 6 de 2006, y la Resolución D.D.I.- 185577 del 12 de agosto de 2010 “Por la cual resuelve un recurso de reconsideración”, por haber sido expedidas con violación a las normas nacionales a las que hubieran tenido que sujetarse.

SEGUNDA

Que como consecuencia de lo anterior, de declare la firmeza de las liquidaciones privadas del Impuesto de Industria y Comercio de ASESORES EN VALORES S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, correspondientes a los bimestres 4, 5 y 6 del año gravable 2006, así como la improcedencia de las sanciones impuestas por la Administración en los actos demandados.

TERCERA

Que como consecuencia de la declaración de nulidad, se restablezca en su derecho a la sociedad ASESORES EN VALORES S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, declarando que ésta se encuentra a paz y salvo por todo concepto en sus obligaciones del Impuesto de Industria y Comercio correspondientes a los bimestres 4 a 6 del año gravables 2006.

2.1.1. Normas violadas.

La demandante invocó como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: artículos 95 [numeral 9], 13, 96 y 363.
- Decreto Distrital 352 de 2002: artículo 42 y 46
- Decreto 2649 de 1993: artículos 4, 11, 38, 53 y 136.
- Estatuto Tributario Nacional: artículos 683 y 647.
- Resolución 497 de 2003 expedida por Superintendencia de Valores.

2.1.2. El concepto de la violación.

Previo a desarrollar el concepto de la violación, la demandante explicó que en las operaciones en posición propia las comisionistas de bolsa actúan como contraparte de un negocio frente a un tercero, a diferencia de las operaciones de intermediación en las que actúan como canal de vinculación entre un comprador y un vendedor.

Explicó que las operaciones por posición propia se registran contablemente así:

1- Cuando la comisionista adquiere el valor registra un incremento en sus inversiones (cuenta 12) con una disminución del efectivo en bancos (cuenta 11).

2- Diariamente, y hasta que se enajene el valor, debe reconocer el precio justo al que podría ser enajenado, de tal manera que registra el ingreso en la cuenta 4112 (valoración de inversiones) a precios de mercado, con contrapartida en la cuenta 12 (inversiones).

3- Cuando se realiza la venta del valor, el ingreso se determina por la diferencia entre el total acumulado en la cuenta 12 (inversiones) y el precio de venta, registrando el resultado en la cuenta 4113 (utilidad en venta de inversiones), cancelando el saldo de la cuenta 12 y registrando el efectivo recibido en la cuenta 11 (bancos).

Sostuvo que la sumatoria de las cuentas 4112 y 4113 reflejan el ingreso total obtenido en la venta del valor, y éste constituye la base gravable del impuesto de industria y comercio, pues reflejan fiscalmente el verdadero incremento neto del patrimonio.

De tal forma que cuando exista una pérdida de resultado, ésta se verá reflejada en la cuenta 5113, que no se tiene en cuenta para el cálculo de la base gravable del impuesto de industria y comercio.

Expuesto lo anterior, la demandante señaló:

2.1.2.1. Violación, por falta de aplicación, de los artículos 13 y 363 de la Constitución Política

Dijo que la Ley 14 de 1983 estableció una base gravable especial del impuesto de industria y comercio para las entidades financieras.

Que según el numeral 5 del artículo 154 del Decreto 1421 de 1993, los rendimientos financieros obtenidos como producto del ejercicio de una actividad financiera constituyen la base gravable del impuesto de industria y comercio, para los entes económicos que realizan actividades financieras.

La demandante sostuvo que el rendimiento financiero es el concepto que se grava por la ejecución de operaciones financieras, de tal manera que los agentes económicos como la demandante, que operan en la compra y venta de títulos, como sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio por el ejercicio de la actividad financiera, tienen gravados sus rendimientos que corresponden a la diferencia entre el costo de adquisición y el costo de venta.

Indicó que los actos administrativos acusados, al liquidar el impuesto de industria y comercio sobre los montos recibidos al momento de la venta de los títulos transados y no sobre los rendimientos obtenidos, viola el derecho a la igualdad, pues diferencian, injustificadamente, a los comisionistas de bolsa de los bancos, que actúan en el mismo mercado, para efectos de gravar a los primeros sobre ingresos distintos a los segundos.

2.1.2.2. Violación, por falta de aplicación, de los artículos 38, 53 y 136 del Decreto 2649 de 1993 y de la Resolución 497 de 2003 –Plan Único de Cuentas del Sector Financiero.

La demandante dijo que la base gravable para el impuesto de industria y comercio en el Distrito Capital (artículos 33 de la Ley 14 de 1983 y 42 del Decreto 352 de 2002) no es en absoluto compatible con la naturaleza de las actividades de las entidades del sector financiero, pues fue concebida para actividades propias del sector real.

Sostuvo que la Ley 14 de 1983 fue concebida a partir del comercio y la industria de mercancías y bienes tangibles en las que son comunes las devoluciones, las rebajas y los descuentos que, sin embargo, el legislador estableció una base gravable especial para las entidades que en ese momento operaban en el sector financiero.

Que, no obstante lo anterior, las comisionistas de bolsa se encuentran ante un vacío normativo porque en su momento no se previó que esas entidades operan en posición propia, y que ante la imposibilidad de aplicar la base gravable general, es factible aplicar la base gravable especial para el sector financiero prevista en el artículo 46 del Decreto 352 de 2002.

Manifestó que del artículo 46 citado se desprende que el ingreso gravado para las comisionistas de bolsa está constituido por los rendimientos financieros, es decir, el diferencial positivo en la rotación de títulos, y no el producto de la venta de éstos, pues la venta de un bien tangible (propio de la economía del sector real) no se asimila a la venta de activos financieros dentro del giro ordinario del negocio, con miras a obtener un rendimiento financiero.

Indicó que los actos administrativos demandados gravaron rubros que no corresponden a ingresos que incrementen el patrimonio de la demandante y desconocieron la definición de ingreso del artículo 38 del Decreto 2649 de 1993 y la dinámica económica y contable de las operaciones en posición propia que realizan las comisionistas de bolsa.

Que el verdadero ingreso que obtienen las comisionistas de bolsa por la realización de operaciones en posición propia es la utilidad derivada de la venta de inversiones negociables, de manera que deben tenerse en cuenta tanto los saldos positivos como los saldos negativos, sin que estos excedan el monto de las utilidades.

Agregó que en las operaciones en bolsa, los saldos negativos que resultan de las transacciones con los títulos que se negocian en posición propia, no corresponden a

costos o gastos de la actividad, como equivocadamente lo sostuvo el Distrito Capital, sino a saldos negativos resultantes en la negociación de los títulos como tales.

Que la norma contable que define los ingresos de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera dispone que la utilidad en la venta de inversiones en posición propia se determina por el saldo de la cuenta 4113, en la que está permitido debitar los movimientos débito hasta el monto de las utilidades, debido al movimiento propio de este tipo de operaciones de las comisionistas de bolsa, como en el caso de la demandante, para las vigencias en discusión.

Dijo que la demandante calculó el impuesto sobre sus ingresos reales, sin depurarlos con las pérdidas de resultado (que se contabilizan en la cuenta 5113), lo que se ajustó a la ley tributaria y contable que se aplica a su actividad económica.

Advirtió que los actos demandados violaron los artículos 38, 51 y 136 del Decreto 2649 de 1993 y la Resolución 497 de 2003, Plan Único de Cuentas del Sector Financiero, al incluir el valor positivo en las ventas de títulos sin restar los valores negativos que se obtienen en la negociación.

2.1.2.3. Violación, por falta de aplicación, de los artículos 95, 58, 333 y 363 de la Constitución Política y 683 del Estatuto Tributario

Dijo que los actos administrativos demandados violaron el principio de no confiscatoriedad de los tributos, al tomar solo los registros de los créditos de la cuenta 4113 –utilidad por venta de inversiones– para liquidar la base gravable del impuesto de industria y comercio, sin la posibilidad de compensar los débitos del ingreso hasta el monto de los créditos.

También dijo que el hecho de cobrar el impuesto sobre los valores obtenidos en la venta de los títulos transados en posición propia, sin tener en cuenta los saldos

negativos en la transacción, viola los principios de no confiscatoriedad y de razonabilidad, pues se liquida sobre una cifra que no consulta la realidad económica de la operación ni del ingreso.

2.1.2.4. Violación, por falta de aplicación, de los artículos 4 y 11 del Decreto 2649 de 1993 y 42 del Decreto 352 de 2002.

Dijo que los actos administrativos demandados eran nulos por incluir en la base gravable del impuesto de industria y comercio el valor de unos registros contables que no reflejaba un ingreso para la demandante.

Explicó que en agosto de 2006, Asesores en Valores registró como ingreso en la cuenta 424005 el monto de una indemnización que estaba en reclamación. Que, sin embargo, la Superintendencia Financiera ordenó la reversión de ese registro.

Que el Distrito Capital, al pretender gravar el valor correspondiente a un registro contable reversado por instrucción de la Superintendencia Financiera, descoció los artículos 42 del Decreto 352 de 2002, que excluye las devoluciones del impuesto de industria y comercio, y 4 y 11 del Decreto 2649 de 1993, que establecen que la contabilidad debe informar sobre hechos económicos reales.

2.1.2.5. Improcedencia de la sanción por inexactitud.

Por último, dijo que la sanción por inexactitud no era procedente porque existía una diferencia de criterios entre el Distrito Capital y la demandante en torno a la interpretación del derecho aplicable al caso de la discusión, en particular, el artículo 42 del Decreto 352 de 2002.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Distrito Capital de Bogotá se opuso a las pretensiones de la demanda.

2.2.1. Sobre la nulidad de los actos administrativos demandados por violación, por falta de aplicación, de los artículos 13 y 363 de la Constitución Política.

Dijo que la base gravable especial del impuesto de industria y comercio para el sector financiero, solo se aplica para los sujetos que conforman ese sector, del que no hacen parte las comisionistas de bolsa, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Agregó que aplicar esa base gravable a una entidad que no forma parte del sector financiero, como lo pretendió la demandante, desconoce el principio de legalidad tributaria.

2.2.2. Sobre la nulidad de los actos administrativos demandados por violación, por falta de aplicación, de los artículos 38, 53 y 136 del Decreto 2649 de 1993 y de la Resolución 497 de 2003 –Plan Único de Cuentas del Sector Financiero.

Dijo que no existe otra forma de calcular la base gravable del impuesto de industria y comercio, distinta a la señalada en el artículo 154 del Decreto 1421 de 1993, que dispone que esa base está conformada por los ingresos netos, los que resultan de restar de los ingresos ordinarios y extraordinarios, los correspondientes a actividades exentas y no sujetas, así como a las devoluciones, rebajas y descuentos, a exportaciones y a los provenientes de la venta de activos fijos.

Que es improcedente deducir de los ingresos ordinarios y extraordinarios, los obtenidos por la venta de acciones que se hacen por debajo del valor contable que registraban el día anterior, y que, contablemente, tienen naturaleza débito.

Explicó que un menor valor (débito) registrado en la cuenta 4113 se toma como ingreso cuando la inversión se vende por debajo del valor registrado contablemente (precio de compra más valorizaciones). Que, no obstante, cuando esa inversión genera un ingreso porque se vende por encima de su valor de adquisición, el valor de los débitos se toma como un ingreso que debe sumarse a los créditos para calcular la base gravable del impuesto.

Que el hecho de que la cuenta 4113 registre créditos no cambia la naturaleza ni el concepto de ingreso contenido en el Decreto 2649 de 1993, pues es solo una manera de revelar, comparativamente, el desempeño positivo y negativo de las inversiones en posición propia.

Concluyó que los actos demandados no violaron el artículo 42 del Decreto 352 de 2002, al incluir en la base gravable del impuesto de industria y comercio los créditos registrados en la cuenta 4113.

2.2.3. Sobre la nulidad de los actos administrativos demandados por violación, por falta de aplicación, de los artículos 95, 58, 333 y 363 de la Constitución Política y 683 del Estatuto Tributario

Dijo que la demandante no demostró por qué el monto del impuesto de industria y comercio, liquidado conforme con las disposiciones vigentes, resultó confiscatorio.

Advirtió que el ingreso debe entenderse como todo aquello que incrementa el patrimonio, lo que excluye las pérdidas, pues éstas no disminuyen el pasivo sino que lo incrementan.

2.2.4. Sobre la nulidad de los actos administrativos demandados por violación, por falta de aplicación, de los artículos 4 y 11 del Decreto 2649 de 1993 y 42 del Decreto 352 de 2002.

Dijo que la demandante no demostró en la vía gubernativa la reversión de los registros contables de la indemnización. Que la certificación del revisor fiscal allegada en su oportunidad para acreditar el registro contable, no era la prueba idónea para demostrar la operación en discusión.

Agregó que solo con la demanda fueron aportadas las pruebas que permitían constatar la reversión de los ingresos recibido a título de indemnización. Que, por esa razón, no fue debidamente agotada la vía gubernativa en relación con este punto de discusión.

2.2.5. Sobre la Improcedencia de la sanción por inexactitud.

Por último, dijo que la sanción por inexactitud era procedente porque la demandante incluyó en la base gravable del impuesto de industria y comercio conceptos que la ley no permite incluir, lo que dio como resultado un menor impuesto a pagar. Asimismo, porque incluyó ingresos, deducciones, descuentos y exenciones inexistentes. Que, en todo caso, no se configuró una diferencia de criterios en los términos alegados por la demandante.

2.3. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló los actos administrativos demandados y, a título de restablecimiento del derecho, declaró la firmeza de las declaraciones en controversia.

En primer lugar, dijo que de conformidad con lo establecido en los artículos 1º del EOSF, 90 de la Ley 45 de 1990 y 75 de la Ley 964 de 2005, las comisionistas de bolsa no son propiamente instituciones financieras. Que, sin embargo, las actividades financieras, incluso las que lleva a cabo el sector real –como lo habría aceptado el Distrito Capital mediante concepto 1184–2008IE4202 de 2008–, tiene una base gravable especial para efectos del impuesto de industria y comercio.

De otra parte, señaló que el Distrito Capital se equivocó al calcular la base gravable del impuesto de industria y comercio puesto que, según la Resolución 497 del 2003 de la Superintendencia de Valores, en la cuenta 4113 se registra como crédito el monto recibido por concepto de la venta de las inversiones, al tiempo que se expresa como débito el valor de la adquisición.

Que para determinar la base gravable del impuesto de industria y comercio de las comisionistas de bolsa que actúan en posición propia debe estimarse la utilidad obtenida al momento de la venta de la inversión, situación que no contradice las normas que regulan la determinación del tributo ni las que rigen los registros contables.

Que para el caso de las comisionistas de bolsa, en relación con las inversiones por posición propia, el ingreso está constituido por la utilidad generada en la inversión. Que, por tanto, independientemente del registro diario de las valorizaciones o desvalorizaciones, el ingreso se genera al momento de la venta de la inversión.

Sobre el valor correspondiente a la indemnización cuyo registro contable fuera reversado, dijo que la certificación de revisor fiscal aportada en la vía

gubernativa no podía tenerse como prueba por no atender a las exigencias que, según el Consejo de Estado, debe cumplir ese medio de prueba.

Que en la instancia judicial, la demandante aportó una serie de comunicaciones de la Superintendencia Financiera en las que se advertía la necesidad de reversar el registro contable correspondiente a la indemnización, además de una certificación expedida por el revisor fiscal Asesores en Valores que informaba sobre el movimiento de la cuenta 424005 «*indemnizaciones – siniestros*».

Sostuvo que si bien la certificación expedida por el revisor fiscal aportada con la demanda tampoco atendía a las exigencias para que fuera tenida como prueba, lo cierto era que los demás medios de prueba daban cuenta de la reversión del registro contable.

Así, concluyó que no obstante que en la sede administrativa no fuera aportado un medio probatorio idóneo que llevara a la administración a aceptar las razones expuestas, en el proceso contencioso la prueba fue mejorada.

2.4. EL RECURSO DE APELACIÓN

El Distrito Capital del Bogotá interpuso recurso de apelación contra la decisión del Tribunal.

En términos similares a los expuestos en la contestación de la demanda, insistió en que la base gravable especial del impuesto de industria y comercio para el sector financiero no es aplicable a las comisionistas de bolsa.

También insistió en que la base gravable del impuesto de industria y comercio está constituida por el ingreso neto y que para determinarlo, las normas que regulan el

tributo establecen de manera taxativa las partidas que le son imputables, entre las que no se encuentran las desvalorizaciones de las inversiones en posición propia de las comisionistas de bolsa.

De otra parte, dijo que la certificación de revisor fiscal aportada por la demandante no era suficiente para demostrar el origen de las deducciones realizadas por la demandante porque no atendía a las exigencias que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, debe cumplir ese medio de prueba.

2.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.5.1. De la parte demandante

La parte demandante reiteró lo expuesto en la demanda.

2.5.2. De la parte demandada

El Distrito Capital de Bogotá reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y en la apelación.

2.6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público solicitó revocar la sentencia apelada.

En primer lugar, dijo que la sentencia debía ser revocada porque de conformidad con lo establecido en el artículo 154 del Decreto 1421 de 1993, para efectos de calcular la base gravable del impuesto de industria y comercio solo es posible detraer los ingresos correspondientes a actividades exentas y no sujetas, así como las devoluciones, rebajas y descuentos. Que

la norma en cuestión no autoriza disminuir de la base gravable las pérdidas originadas en actividades gravadas.

Sobre la inclusión del valor de la indemnización, dijo que estaba probado que la Superintendencia Financiera impartió instrucciones para reversar el ingreso y que, por tanto, al dejar de serlo, no formaba parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio.

Por último, dijo que la sanción por inexactitud no era procedente porque se configuró una diferencia de criterio entre el Distrito Capital y la demandante sobre la interpretación del derecho aplicable.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación interpuesto por el Distrito Capital de Bogotá –Secretaría de Hacienda Distrital–, la Sala decide sobre la nulidad de la Resolución 433 DDI 118766 del 18 de junio de 2009, mediante la que la entidad demandada modificó las declaraciones del impuesto de industria y comercio presentadas por Asesores en Valores S.A. Comisionista de Bolsa por los bimestres 4 al 6 de 2006, y de la Resolución DDI 185577 del 12 de agosto 2010, que la confirmó.

En concreto, la Sala debe determinar **i)** cuál es el ingreso para efectos de calcular la base gravable del impuesto de industria y comercio en Bogotá, para las comisionistas de bolsa por el desarrollo de operaciones por cuenta propia, **ii)** si está probada la reversión del registro contable de un ingreso correspondiente al pago de una indemnización y **iii)** si la sanción por inexactitud es procedente.

Para decidir se tienen como relevantes y ciertos los siguientes hechos:

1. Asesores en Valores S.A. Comisionista de Bolsa es una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia².
2. Asesores en Valores S.A. Comisionista de Bolsa presentó las declaraciones del impuesto de industria y comercio correspondientes a los periodos 4 al 6 del año 2006 en los siguientes términos³.

PERIODO	FECHA	IMPUESTO
4	10 de noviembre de 2008	\$50.265.000
5	10 de noviembre de 2008	\$33.736.000
6	10 de noviembre de 2008	\$24.541.000

3. El 15 de diciembre de 2008, la Secretaría de Hacienda Distrital, mediante el Requerimiento Especial 2008EE771906, propuso modificar las declaraciones del impuesto de industria y comercio presentadas por la demandante por los periodos 4 al 6 de 2006, a efectos de adicionar ingresos y, como consecuencia, determinar un mayor impuesto a cargo e imponer la sanción por inexactitud, en los siguientes términos⁴:

PERIODO	IMPUESTO A CARGO	SANCIÓN	TOTAL
4	\$199.490.000	\$287.446.000	\$486.936.000
5	\$94.099.000	\$119.165.000	\$213.264.000
6	\$98.054.000	\$141.395.000	\$239.449.000

4. El 18 de junio de 2009, la Secretaría de Hacienda Distrital, mediante la Resolución 433DDI118766, profirió liquidación oficial de revisión para modificar las declaraciones antes referidas, en los términos propuestos en el requerimiento especial⁵.

² Folio 38 del CP.

³ Folios 56 al 58 del CP.

⁴ Folios 80 al 89 del CAA.

⁵ Folios 46 al 55 del C.P.

5. El 12 de agosto 2010, previa interposición del recurso de reconsideración⁶, la Secretaría de Hacienda Distrital, mediante la Resolución DDI 185577, confirmó la liquidación oficial de revisión⁷.

3.1. De la base gravable del impuesto de industria y comercio en el Distrito Capital de Bogotá para las comisionistas de bolsa por la realización de operaciones por cuenta propia. Reiteración jurisprudencial

La Sala parte por señalar que reiterará el criterio acogido en la sentencia del 24 de octubre de 2013⁸, en la que se resolvió un asunto análogo al que convoca la presente controversia, según el cual, para efectos de determinar la base gravable del impuesto de industria y comercio de las sociedades comisionistas de bolsa por la realización de operaciones en posición propia, el ingreso está constituido por el saldo crédito de la cuenta 4113.

El artículo 42 del Decreto 352 de 2002⁹ establece que el impuesto de industria y comercio correspondiente a cada bimestre –periodo del impuesto en Bogotá D.C.–, se liquida sobre los ingresos netos del contribuyente obtenidos durante el periodo y que para determinarlos, se resta de la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios, los correspondientes a actividades exentas y no sujetas, así como las devoluciones, rebajas y descuentos, las exportaciones y la venta de activos fijos.

⁶ Folios 117 al 130 del CAA.

⁷ Folios 61 al 66 del CP.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. CP. Martha Teresa Briceño de Valencia. Sentencia del 24 de octubre de 2013 Radicación: 2500023-. 27000201000138 01(19210. Reiterada en sentencias del 12 de diciembre de 2014. MP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Radicación: 25000-23-27-000-2009-00242-01 (19346) y 9 de abril de 2015. MP. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Radicación: 250002327000201100043-01 (19202).

⁹ *Por el cual se compila y actualiza la normativa sustantiva tributaria vigente, incluyendo las modificaciones generadas por la aplicación de nuevas normas nacionales que se deban aplicar a los tributos del Distrito Capital, y las generadas por acuerdos del orden distrital.*

Los ingresos, de conformidad con el artículo 38 del Decreto 2649 de 1993¹⁰, y según se advierte en la providencia reiterada, son aquellas entradas de recursos que aumentan el activo o disminuyen el pasivo o una combinación de los dos, pero que, en todo caso, incrementan el patrimonio.

La actividad de inversión en posición propia fue autorizada a las comisionistas de bolsa por la Superintendencia de Valores¹¹ mediante la Resolución 400 de 1995 «*Por la cual se actualizan y unifican las normas expedidas por la Sala General de la Superintendencia de Valores y se integran por vía de referencia otras*».

Al definir las operaciones por cuenta propia, la Resolución 400 de 1995, señala:

ARTÍCULO 2.2.3.1.- DEFINICIONES.- *Las operaciones por cuenta propia realizadas por sociedades comisionistas de bolsa en el mercado primario de valores serán las siguientes:*

- 1. La adquisición temporal, dentro de la modalidad en firme, de toda o parte de una emisión con el objeto exclusivo de facilitar la distribución y colocación de los títulos.*
- 2. La adquisición temporal del remanente de una emisión en desarrollo del acuerdo celebrado por la sociedad comisionista para colocar la totalidad o parte de una emisión bajo la modalidad garantizada.*
- 3. La adquisición temporal de títulos emitidos por la Nación o por el Banco de la República, por entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria y de otros títulos inscritos en bolsa.*

ARTÍCULO 2.2.3.4.- DEFINICIONES.- *Son operaciones por cuenta propia en el mercado secundario de valores aquellas adquisiciones de valores inscritos en bolsa que son realizadas por las sociedades comisionistas de bolsa con el objeto de imprimirle liquidez y estabilidad al mercado, atendiendo ofertas o estimulando y abasteciendo demandas, o con el propósito de reducir los márgenes entre el precio de demanda y oferta, dentro de las condiciones que aquí se establecen. La enajenación de los valores así adquiridos, se considerará también como operación por cuenta propia.*

¹⁰ *Por el cual se reglamenta la Contabilidad en General y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia*

¹¹ *Mediante el Decreto 4327 de 2005 se fusionó la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores, de esta fusión surgió la Superintendencia Financiera de Colombia.*

De igual forma, en relación con el origen de los recursos con los que pueden llevarse a cabo las operaciones por cuenta propia la resolución en cuestión establece:

ARTÍCULO 2.2.3.15.- ORIGEN DE LOS RECURSOS.- *En desarrollo de las operaciones por cuenta propia que realicen las sociedades comisionistas de bolsa no podrán utilizarse recursos provenientes de sus clientes.*

Según lo anterior, las operaciones por cuenta propia comprenden la adquisición y enajenación de valores, tanto en el mercado primario como en el secundario, en nombre de la comisionista, por su propia cuenta y con sus recursos, con el fin de dar liquidez al mercado, no por cuenta de sus clientes o comitentes como lo hacen en desarrollo del contrato comercial de comisión.

Por su parte, mediante la Resolución 497 de 2003, «*Por la cual se modifica la Resolución 1200 de 1995*», la Superintendencia de Valores adoptó el Plan Único de Cuenta para las entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Valores.

El PUC para entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera está integrado por el catálogo de cuentas y sus correspondientes descripción y dinámica, y se estructura en niveles así: clase, grupo, cuenta y subcuenta.

Según la descripción de la clase 4 «*ingreso*», agrupa las cuentas que representan los beneficios operativos y financieros que percibe el ente económico en el desarrollo del giro normal de su actividad en un ejercicio determinado.

El grupo 41, «*operacionales*», comprende los valores recibidos o causados como resultado de las actividades desarrolladas en cumplimiento de su objeto social mediante la entrega de bienes o servicios, así como los demás ingresos que se identifiquen con el objeto social principal del ente económico.

También se registra la variación por aumento o por disminución del valor de las inversiones y derivados tanto valores o títulos de deuda o valores o títulos participativos, adquiridas por cuenta propia por las sociedades comisionistas de bolsa de valores y las sociedades comisionistas miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios y agroindustriales y con recursos propios por parte de los fondos mutuos de inversión y fondos de garantías, como consecuencia de su valoración a valor o precio justo de intercambio.

Del grupo 41 hacen parte las cuentas 4112 «Ajuste por valoración de inversiones a precios de mercado - cuenta propia y recursos propios» y 4113 «Utilidad en venta de inversiones - cuenta propia y recursos propios», cuya dinámica es la siguiente:

Créditos	Débitos
<i>a. Por el valor de los ingresos causados o recibidos en cada actividad</i>	<i>a. Por el valor de las devoluciones y anulaciones.</i>
<i>b. Por la variación en el valor o precio justo de intercambio de las inversiones negociables, inversiones disponibles para la venta e inversiones para mantener hasta el vencimiento, según las normas aplicables a cada una, adquiridas por las sociedades comisionistas de bolsa de valores o sociedades comisionistas de las bolsas de bienes y productos agropecuarios y agroindustriales en desarrollo de las denominadas operaciones por cuenta propia o por excedentes en órdenes de compra, que originan una utilidad con cargo a las cuentas de inversiones y derivados según corresponda</i>	<i>b. Por la variación en los valores o precios justos de intercambio de las inversiones negociables, inversiones disponibles para la venta, inversiones para mantener hasta el vencimiento según las normas aplicables a cada una, adquiridas por las sociedades comisionistas de bolsa en desarrollo de las denominadas operaciones por cuenta propia o por excedentes en órdenes de compra, que originan una pérdida, con abono a las cuentas de inversiones y derivados según corresponda.</i>
<i>c. Por el valor de la utilidad en la venta de inversiones adquiridas por cuenta propia por las sociedades comisionistas de bolsa de valores o sociedades comisionistas de las bolsas de bienes y productos agropecuarios y agroindustriales y con recursos propios en el caso de los fondos mutuos de inversión y fondos de garantías.</i>	<i>c. Por la variación en los valores o precios justos de intercambio de las inversiones negociables, inversiones disponibles para la venta e inversiones para mantener hasta el vencimiento, según las normas aplicables a cada una, de deuda o de participación que originan una pérdida, con abono a las cuentas 1204 a 1218, en el caso de los fondos mutuos de inversión y fondos de garantías.</i>

<p><i>d. Por la variación en los valores o precios justos de intercambio de las inversiones negociables inversiones disponibles para la venta e inversiones para mantener hasta el vencimiento, según las normas aplicables a cada una, de deuda o de participación que originan una utilidad, con abono a las cuentas 1204 a 1218, en el caso de los Fondos Mutuos de Inversión y los fondos de garantías.</i></p>	<p><i>d. Por la cancelación de saldos crédito al cierre del ejercicio.</i></p>
---	--

Con fundamento en lo anterior, en la providencia que se reitera, la Sala señaló que por las operaciones por cuenta propia, las comisionistas de bolsa contabilizan, en el crédito de la cuenta 4113, el valor correspondiente al beneficio o utilidad obtenida en la adquisición o en la venta de las inversiones, y, en el débito, el valor correspondiente a la pérdida en tales operaciones, cuando estas se presenten.

Que, en consecuencia, si al finalizar el periodo el movimiento de la cuenta 4113, por las transacciones realizadas por cuenta propia, arroja como resultado un saldo crédito, esto indica que obtuvo una ganancia o beneficio por dichas operaciones, evento en el que ese valor hace parte de la totalidad de los ingresos que serán objeto de depuración para determinar la base gravable del impuesto de industria y comercio, que se liquida sobre los ingresos netos obtenidos por la actividad comercial que da origen a la obligación tributaria, pues dicho saldo crédito corresponde a la cuantificación del hecho generador y responde a la definición de ingreso en la medida en que podría generar un incremento en el patrimonio.

Pero que, si, por el contrario, al finalizar el periodo, el saldo de la cuenta 4113 es débito, esto indica, que en las operaciones por cuenta propia no obtuvo beneficio o ganancia, por tanto, ese saldo débito no se tendrá en cuenta al totalizar los ingresos del periodo. Que no basta la realización de la actividad gravada sino que del resultado de las operaciones en el periodo se genere un ingreso.

Que, tomar solamente los movimientos créditos contabilizados en la cuenta 4113 durante el bimestre correspondiente sería desconocer los principios de equidad y

justicia tributaria, puesto que si en las transacciones realizadas por cuenta propia el contribuyente no obtiene ganancia o beneficio sino pérdida, contablemente se llevaría al débito, por lo que el saldo de las operaciones registradas en el periodo es el que indica si obtuvo o no ingreso por dicha actividad comercial en el bimestre por el que debe tributar.

Así, la Sala concluyó que para determinar la base gravable del impuesto de industria y comercio que deben pagar las sociedades comisionistas de bolsa se debe tener en cuenta de la totalidad de los ingresos del bimestre correspondiente el saldo crédito de la cuenta 4113 del PUC, esto es, el valor resultante del movimiento de dicha cuenta, en la que se registra el valor de la utilidad o pérdida obtenida en las transacciones efectuadas en posición propia, que es el que refleja el ingreso real por las operaciones de tal naturaleza realizadas en el periodo.

En el presente caso, la controversia gira en torno a la determinación del ingreso generado por la actividad de inversión por cuenta propia de las comisionistas de bolsa para efectos del impuesto de industria y comercio.

Para la demandante, en estas operaciones, el ingreso corresponde al resultado de movimiento de la cuenta 4113, mientras que para el Distrito Capital, el ingreso corresponde únicamente a los registros crédito de la cuenta 4113, sin tener en cuenta los débitos, pues lo contrario implicaría imputar pérdidas en contraposición de lo dispuesto en el artículo 42 de Decreto 352 de 2002.

Como se advirtió, para los periodos en discusión, el ingreso generado por el desarrollo de la actividad de inversión por cuenta propia de la demandante correspondía a la totalidad del movimiento de la cuenta 4113 y no solo al crédito, como lo estimó el Distrito Capital, pues el resultado de la dinámica de la cuenta es el que informa si, en efecto, hubo lugar a un ingreso.

Por las razones expuestas, la Sala confirmará la sentencia apelada en lo que a este pudo de discusión corresponde.

3.2. De la reversión del registro contable de la indemnización.

En la vía gubernativa, la demandante señaló que en el cuarto bimestre de 2006 registró en la cuenta 424005 el valor correspondiente a una indemnización que, por instrucciones de la Superintendencia Financiera, fue reversado.

El Distrito Capital sostuvo que la única prueba aportada por la demandante para acreditar la reversión del registro contable fue una certificación expedida por el revisor fiscal que no atendía a las exigencias de este medio de prueba y que, por tanto, no existía certeza sobre este hecho.

Con la demanda, Asesores en Valores insistió en los argumentos expuestos en la vía gubernativa y aportó otros medios de prueba que el tribunal encontró suficientes para aceptar que, en efecto, hubo lugar a la reversión del registro contable de un ingreso.

Sobre el punto en discusión, la Sala advierte que en el expediente obran las siguientes pruebas:

1. Oficio de la Superintendencia Financiera de Colombia del 29 de marzo de 2007 que señala¹²:

En relación con el hecho según el cual la sociedad afirma que se materializó un riesgo de infidelidad mediante la cual la firma estaba cubierta mediante su póliza de seguros, (asiento 2), reconoce en el estado de resultados un ingreso por indemnización de \$1.813.389 (cifra en miles de pesos), con cargo al rubro “deudores –reclamaciones a compañías aseguradoras” código 135005.

Al respecto, una vez evaluadas las consideraciones efectuadas por la sociedad, en punto a los hechos económicos, este Despacho, reitera lo expresado en el

¹² Folios 79 y 80 del CP.

requerimiento del pasado 23 de marzo, en el sentido de que para reconocer como ingreso en el estado de resultados el valor de la reclamación, se deben cumplir las condiciones establecidas en el artículo 96, 97 y 100 del decreto 2649 de 1993.

En consecuencia, el registro contable propuesto resulta conceptualmente inapropiado, es decir, el reconocimiento en el estado de resultados del valor de las pretensiones que en su reclamación presentó formalmente a la compañía aseguradora, no constituyen en sí mismo certeza sobre la cobrabilidad y cuantía de la indemnización, la sociedad Asesores en Valores S.A. Comisionista de Bolsa, deberá eliminar el asiento número 2 y registrar en cuentas de orden contingentes el valor de la reclamación a la compañía Chubb de Colombia de Seguros S.A. hasta culminado el proceso o extinción de la causa que dio origen.

2. Certificación del revisor fiscal de Asesores en Valores S.A. Comisionista de Bolsa aportado como prueba con el recurso de reconsideración que señala¹³:

En el bimestre 4 de 2006, la firma contabilizó \$1.663.136.450.00 en el ingreso no operacional, cuenta de recuperaciones, originadas en un siniestro que se estaba tramitando ante la Compañía Aseguradora. Esta partida se incluyó en la declaración de industria y comercio del bimestre.

(...)

En la revisión de los estados financieros a 31 de diciembre de 2006, la Superintendencia Financiera de Colombia objetó la causación de la reclamación a la aseguradora en el ingreso. Por lo anterior, el ente de control ordenó a la firma comisionista retirar los registros para aprobar el balance y autorizar la celebración de la Asamblea General de Accionistas.

De esta manera, en la declaración del bimestres 6 de 2006, se procedió a reversar el ingreso por \$1.663.136.540 que se había incluido en la declaración del 4 bimestre de 2006.

3. Certificación del revisor fiscal de Asesores en Valores S.A. Comisionista de Bolsa aportada con la demanda que, luego de describir los movimientos crédito y débito de la cuenta 424005 en el 2006 señala¹⁴:

A 31 de diciembre de 2006, la cuenta 424005 quedó en ceros. Los valores inicialmente reconocidos en esta cuenta, por un siniestro negociables de bonos Yankees el 14 de junio de 2006, se debió reversar por instrucciones de la Superintendencia Financiera de Colombia.

¹³ Folio 131 del CAA.

¹⁴ Folio 65 del CP.

Según el precedente jurisprudencial de la Sala, conforme con el artículo 777 del ET, cuando se trata de presentar pruebas contables, las certificaciones de los contadores o revisores fiscales pueden ser suficientes si la Administración decide no hacer las comprobaciones pertinentes¹⁵.

Que, sin embargo, para que esas certificaciones sean válidas como prueba contable deben llevar al convencimiento del hecho que se pretende probar, sujetándose a las normas que regulan el valor probatorio de la contabilidad.

Que además de expresar que la contabilidad se lleva de acuerdo con las prescripciones legales o que los libros se encuentran registrados en la cámara de comercio, deben informar si las operaciones están respaldadas por comprobantes internos y externos y si reflejan la situación financiera del ente económico¹⁶.

Lo anterior, por cuanto del artículo 777 del ET no se deduce la aceptación incondicional de las certificaciones como verdad real de una operación del contribuyente que deba constar en su contabilidad¹⁷.

La Sala también ha precisado que las certificaciones deben contener algún grado de detalle en cuanto a los libros, cuentas o asientos correspondientes a los hechos que pretenden demostrarse. Que no pueden versar sobre simples afirmaciones acerca de las operaciones contables de que dan cuenta, pues *«en su calidad de profesional de las ciencias contables y responsable de la contabilidad o de la revisión y análisis de las operaciones de un ente social, está en capacidad de indicar los soportes, asientos y libros contables donde aparecen registradas las afirmaciones vertidas en sus certificaciones»*¹⁸.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. CP. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Sentencia del 13 de diciembre de 2011. Radicación: 250002327000200300455-01. (16692).

¹⁶ Sentencias de 14 de junio de 2002, Exp. 12840. C.P. Ligia López Díaz y de 11 de septiembre de 2006, Exp. 14754, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié. Reiteradas en sentencia del 19 de agosto de 2010. Radicación: 250002327000200600686-01. (16750). MP. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. CP. William Giraldo Giraldo. Sentencia del 27 de enero de 2011. Radicación: 250002327000200600802 01(17187).

¹⁸ Sentencias de 25 de noviembre de 2004 Exp. 14155 CP. María Inés Ortiz Barbosa y de 30 de noviembre de 2006, Exp. 14846, CP. Héctor Romero Díaz.

Que, en todo caso, lo anterior no significa que se exija una fórmula sacramental en cuanto a la redacción de la certificación. Que lo que se exige es que sea completo, detallado y coherente, que permita establecer que la contabilidad evidencia la historia clara, completa y fidedigna de los asientos individuales y el estado general de los negocios, tal como establece el artículo 48 Código de Comercio.

La Sala considera que, como alegó el Distrito Capital, la certificación aportada en la vía gubernativa no se plegó al rigor exigido por la jurisprudencia para que tuviera mérito probatorio, pues se limitó a hacer afirmaciones sobre algunas operaciones de la demandante, pero sin ofrecer algún detalle de los registros contables de esas operaciones o la existencia de soportes externos.

No sucede lo mismo con la certificación aportada con la demanda, que, además de informar que la contabilidad se lleva de acuerdo con las prescripciones legales y que los libros se encuentran registrados en la cámara de comercio, detalla el movimiento de la cuenta 424005 en el 2006, en que fue registrado el valor de la indemnización en discusión.

La Sala considera que aunque por sí sola esa certificación referida no sería suficiente para demostrar las reversiones de los registros contables del ingreso en discusión, no puede desconocerse que también fueron aportadas pruebas documentales de las que se desprende que si bien es cierto que la demandante registró un ingreso, la Superintendencia Financiera impartió instrucciones para reversarlo como condición para aprobar los estados financieros del año 2006.

En consecuencia, la Sala encuentra acertado que el tribunal haya aceptado los argumentos de defensa de la demandante en relación con este punto de controversia.

Así, por las razones expuestas, la Sala confirmará la sentencia apelada.

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

F A L L A

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 22 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por Asesores en Valores S.A. Comisionista de Bolsa contra Bogotá, D.C. Secretaría de Hacienda Distrital.

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**
Presidente de la Sección

**HUGO FERNANDO BASTIDAS
BÁRCENAS**

**CARMEN TERESA ORTIZ DE
RODRÍGUEZ**

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ
RAMÍREZ**

