

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**



CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil catorce (2014)

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000-23-27-000-2009-00242-01 (19346)
Demandante: PROYECTAR VALORES S.A.
Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ

Temas: Base gravable del impuesto de industria y comercio para las sociedades comisionistas de bolsa –Reiteración del precedente. Naturaleza jurídica de la actividad de inversión en sociedades. Liquidación de la sanción por inexactitud.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sección a decidir los recursos de apelación interpuestos por la sociedad Proyectar Valores S.A. y el Distrito Capital de Bogotá, contra la sentencia del 25 de noviembre de 2011, proferida por el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca –Sección Cuarta, Subsección B-, por la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. Hechos de la demanda

1.1.- La sociedad Proyectar Valores S.A. presentó las declaraciones del impuesto de industria y comercio y avisos y tableros en el Distrito Capital de Bogotá, correspondientes al tercer, cuarto, quinto y sexto bimestre del año 2006, los días 18 de julio, 19 de septiembre y 16 de noviembre de 2006 y 17 de enero de 2007, respectivamente.

1.2.- Mediante el requerimiento especial No. 2008EE446944 del 14 de noviembre de 2008, la Dirección Distrital de Impuestos le propuso a Proyectar Valores la modificación de las mencionadas declaraciones.

1.3.- El 16 de febrero de 2009, Proyectar Valores dio respuesta al requerimiento especial.

1.4.- Mediante liquidación oficial de revisión No. 535DDI 119395 del 1º de julio de 2009, notificada el 22 de julio de ese año, la Administración Distrital liquidó, con un mayor valor, el ICA a cargo de Proyectar Valores por los bimestres tercero a sexto del año 2006, e impuso sanción por inexactitud.

1.5.- En virtud de la remisión hecha por el artículo 104 del Decreto Distrital 807 de 1993 al Estatuto Tributario Nacional, Proyectar Valores prescindió del recurso de reconsideración.

2. Pretensiones

Las pretensiones de la demanda son las siguientes:

“1. Que se declare la nulidad de la Liquidación Oficial No. 535DDI 119395, notificada mediante aviso el 22 de julio de 2009, por medio de la cual se

modificaron las declaraciones tributarias del impuesto de Industria y Comercio de los bimestres 3, 4, 5 y 6 del año 2006.

2. Que en consecuencia se restablezca el derecho de la sociedad declarando en firme las liquidaciones privadas del impuesto de Industria y Comercio, y declarando que no procede sanción por inexactitud.”

3. Normas violadas y concepto de la violación

3.1.- Violación de los artículos 32, 34, 35, 37, 41, 42 y 46 del Decreto 352 de 2002 y 38 del Decreto 2649 de 1993: Error en la determinación de la base gravable

3.1.1.- Proyectar Valores es una compañía que realiza actividades relacionadas con la intermediación en operaciones de compra y venta de valores, administración y custodia de éstos y asesoría en el manejo de portafolios de inversión. Dichas operaciones generan ingresos o débitos representados en la diferencia real entre el valor registrado en libros de las inversiones y el precio de venta, que puede ser menor o mayor al registrado en libros.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 38 del Decreto 2649 de 1993, define los ingresos como flujos de entrada de recursos, en forma de incrementos del activo o disminuciones del pasivo o una combinación de ambos, que generan incrementos en el patrimonio, devengados por la venta de bienes, por la prestación de servicios o por la ejecución de otras actividades, realizadas durante un período, que no provienen de los aportes de capital.

En ese sentido, en el caso de los bienes objeto de la actividad financiera, como es la compra y venta de valores, la parte del flujo que se recupera de la inversión inicial no puede considerarse constitutiva de ingreso. Sólo es ingreso el mayor valor obtenido sobre el capital invertido.

Y eso es así porque la definición de ingreso excluye los aportes de capital que, en el caso de las operaciones de venta de inversiones, se representa en el capital invertido que se recupera en la operación de venta de inversiones.

3.1.2.- La venta de valores que realiza Proyectar Valores no se puede equiparar a la venta de inventarios que están representados en bienes tangibles.

En la venta de inventarios, el precio de venta siempre es equivalente al ingreso, mientras que en la venta de inversiones, el precio de venta siempre corresponde a la diferencia entre el valor en libros que tenga la inversión y el valor de enajenación de la inversión.

Así las cosas, la utilidad o pérdida en la venta de inversiones se refleja como ingreso o egreso, según el resultado obtenido. En otras palabras, la sociedad registra como créditos los valores correspondientes a la utilidad en la venta de inversiones y, como débitos, los valores correspondientes a las pérdidas en ese mismo tipo de operaciones.

Este tratamiento se aplica por el tipo de operación y es registrado en la cuenta 4113 (Utilidad en venta de inversiones – cuenta propia y recursos propios).

3.1.3.- El acto demandado riñe con la interpretación que la propia Administración Distrital plasmó en el concepto No. 1184 de noviembre de 2008, que sirvió de sustento a la actuación de Proyectar Valores.

En dicho concepto expresamente se manifiesta que los rendimientos financieros también pueden derivarse de operaciones relacionadas con la especulación de valores y monedas, como lo son las actividades denominadas de especulación en bolsa.

En ese orden de ideas, concluye que *“la base gravable de las actividades financieras realizadas por el sector real está representada por el mayor valor que se obtiene producto de la actividad de inversión y transacción con valores y en general actividades realizadas bajo circunscritas (sic) propias de la regulación financiera, distinta de la base gravable especial definida de manera concreta en la Ley 14 de 1983 y otras disposiciones para los entes financieros”*.

3.1.4.- Contrario a lo que afirma la Administración Distrital, Proyectar Valores, en las declaraciones del ICA, no dedujo las pérdidas obtenidas en la enajenación de valores.

Los débitos llevados a la cuenta de ingreso corresponden a operaciones de venta de valores que arrojan un resultado negativo que constituyen un menor valor del

ingreso, y no una pérdida asimilable a la que podría darse en la venta de mercancías o bienes tangibles.

En otras palabras, “en las operaciones que realizan compañías como Proyectar Valores sólo es posible liquidar el impuesto sobre el mayor valor que se obtiene producto de la actividad de inversión, lo cual implica que en estas actividades tiene relevancia el “costo” de la inversión, como elemento que representa el “monto invertido”, sin que esto implique que se estén tomando deducciones, ya que en este caso, no se están “deduciendo” costos, sino reconociendo los ingresos reales que tiene la compañía por las transacciones realizadas día a día”.

3.2.- Violación de los artículos 34 y 35 del Decreto 352 de 2002: Error en la clasificación de la actividad de inversión en sociedades.

3.2.1.- Para la Administración Distrital, Proyectar Valores, además de realizar la actividad de servicio de comisionista de bolsa, desarrolló la actividad de inversionista en sociedades, la que cataloga como comercial, por lo que cambió el código de actividad económica y, en consecuencia, la tarifa (de 9.66 al 11.04%) para los ingresos por dividendos.

Dicha circunstancia contraría las definiciones de actividades comerciales y de servicios consagradas en los artículos 34 y 36 del Decreto 352 de 2002 y la doctrina oficial consagrada en el concepto distrital No. 1184 del 27 de noviembre de 2008.

3.2.2.- En el concepto No. 11845 de 2007 se afirma que los dividendos pueden ser tratados como parte del concepto genérico de “rendimientos financieros” cuando hacen parte de los ingresos operacionales de un ente económico. Por el contrario, cuando corresponden a ingresos no operacionales, deben ser tratados como dividendos propiamente dichos.

Así las cosas, “cuando los dividendos se reciben dentro del concepto genérico de rendimientos financieros, la sociedad no realiza una actividad comercial, sino que cumple con su objeto social, y en consecuencia, realiza una actividad de servicio de comisionista de bolsa, por lo que resulta contrario a derecho el planteamiento de la Administración al aumentar la tarifa sobre los dividendos percibidos como ingresos operacionales”.

3.3.- Violación de los artículos 13, 83, 95 y 363 de la Constitución: Vulneración de los principios de buena fe, confianza legítima y equidad.

Llama la atención que la Administración Distrital no mencionó en el trámite de la vía gubernativa la doctrina oficial del mismo ente territorial –concepto 1184 de 2008-, que fue puesta de presente por la sociedad en la respuesta al requerimiento especial y en el recurso de reconsideración.

Dicha doctrina se encuentra vigente y es de obligatorio cumplimiento, en tanto se profirió para resolver las dudas que se presentaban sobre la determinación de la base gravable del ICA para las empresas que, siendo del sector real, realizaban actividades financieras.

3.4.- Violación del artículo 64 del Decreto Distrital 807 de 1993: Improcedencia de la sanción por inexactitud.

Las liquidaciones privadas realizadas por Proyectar Valores se encuentran ajustadas a derecho, por lo que no es procedente la imposición de la sanción por inexactitud.

La sociedad no ha omitido ingresos ni utilizado datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, de los que se derive un menor saldo a pagar.

Además, debe tenerse en cuenta que “hay diferencia de criterios incluso entre las dependencias de la Administración. Mientras que la Subdirección Jurídica en su doctrina oficial ha considerado que los ingresos obtenidos por compañías con el mismo objeto social de Proyectar Valores deben tener en cuenta solo el mayor valor sobre el capital invertido, las dependencias que profirieron el Requerimiento Especial y la Liquidación de Revisión consideran que el 100% del valor de enajenación de una inversión constituye ingreso”.

4. Oposición

El Distrito Capital de Bogotá compareció al proceso y se opuso a las pretensiones de la demanda. Como fundamentos de la defensa, manifestó:

4.1.- Sobre la determinación de la base gravable.

4.1.- Los ingresos que Proyectar Valores obtuvo por los períodos investigados corresponden, básicamente, a la comisión por intermediación en divisas e inversiones propias y, en general, por intermediación en la bolsa. Dicha actividad, para efectos del ICA, es reportada con el código 6713 –actividades de comisionistas y corredores de bolsa-.

Por tal razón, en la base gravable del ICA debió incluir la totalidad de los créditos de las cuentas 4113 –utilidad en venta de inversiones- y 413240 –cambios por realización de activos y pasivos-, ya que *“la normatividad en ningún momento autoriza a deducir de la totalidad de ingresos las pérdidas ocasionadas en desarrollo del objeto social, la legislación nunca permite deducir las pérdidas para la determinación de la base gravable ya que estas tienen la connotación fiscal de gasto y no menor valor del ingreso causado aun cuando la normatividad contable para el sector financiero autorice su contabilización al débito de la cuenta de ingresos”*.

4.1.2.- La base gravable del ICA está conformada por la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios percibidos, menos las deducciones expresamente autorizadas, a saber:

- Ingresos correspondientes a actividades exentas.
- Ingresos por actividades no sujetas.
- Valor de las devoluciones.
- Menor valor representado en las rebajas y descuentos que otorgue a los destinatarios de los bienes o servicios ofrecidos.
- Ingresos por exportaciones.
- Ingresos por la venta de activos fijos.

En ese orden de ideas, es posible concluir que el impuesto de industria y comercio grava la actividad de compra y venta de acciones, por tratarse de una actividad comercial, sin importar la permanencia o eventualidad de la actividad, y se liquida tomando como base la totalidad de los ingresos, sin que sea posible deducir el costo de adquisición de las acciones o títulos valores, pues este impuesto no grava la utilidad sino el ingreso producto de la realización de los hechos generadores.

4.2.- Sobre los dividendos.

4.2.1.- El contribuyente también percibió ingresos por concepto de dividendos y participaciones que fueron registrados en la cuenta 4210.

Sin embargo, pese a ser fruto de la realización de una actividad comercial, al tenor de lo dispuesto en los artículos 10, 20, 21 y 22 del Código de Comercio, la sociedad contribuyente declaró los ingresos de esa actividad como producto de su actividad de comisionista y corredor de valores, lo que generó un menor valor a pagar.

4.2.2.- Si bien la sociedad inversionista no debe pagar el ICA por la realización de las actividades propias del objeto social de la sociedad emisora de las acciones, sí es sujeto pasivo de dicho impuesto por la realización de las actividades de su objeto propio: la inversión en sociedades –actividad típicamente comercial-.

4.3.- Sobre la sanción por inexactitud.

En el presente caso no se presentan diferencias de criterios jurídicos que exoneren al contribuyente de pagar la sanción por inexactitud, ya que la interpretación de las normas aplicables al caso fueron interpretadas, vía autoridad, por la Administración Distrital, conforme lo dispone el artículo 26 del Decreto 800 de 1996.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Cuarta, Subsección B-, mediante sentencia del 25 de noviembre de 2011, dispuso:

“PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad parcial de la Liquidación oficial de revisión No. 335DDI119395 de 1 de julio de 2009 proferida por la SUBDIRECCIÓN DE IMPUESTOS A LA PRODUCCIÓN Y EL CONSUMO DE LA SECRETARÍA DE HACIENDA DISTRITAL, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho DECLÁRASE que la sociedad accionante está obligada por concepto de ICA por los bimestres 3, 4, 5 y 6 del año 2006 a la suma establecida en la liquidación realizada por el tribunal.

Tercero: RECONÓCESE PERSONERÍA al doctor ALEJANDRO DAVID POSADA ZABALA para actuar como apoderado judicial de la sociedad PROYECTAR

VALORES S.A., de conformidad con el poder que obra en los folios 286 y 27 (sic) del expediente.

CUARTO: En firme esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente previa devolución de los antecedentes administrativos a la oficina de origen.”

Como fundamentos de su decisión manifestó:

1.- Sobre la determinación de la base gravable del ICA en el caso concreto

1.1.- El problema jurídico se centra en determinar si la sociedad Proyectar Valores debía incluir en la base gravable del impuesto de industria y comercio la cuenta de ingreso 4113, que registra las pérdidas obtenidas en la actividad de venta de títulos o, si por el contrario, solo debía incluir las ganancias percibidas en la realización de las operaciones financieras –rendimientos-.

Para resolver el problema jurídico se hace necesario acudir a la doctrina oficial de la Administración Tributaria Distrital, que cita el demandante como fundamento de su posición, toda vez que *“contiene un instructivo para los contribuyentes al tiempo que un criterio de obligatoria observancia para los funcionarios de la Administración sobre la forma de determinación de la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio respecto de actividades realizadas por las entidades financieras y las personas que aunque no ostenten la calidad de entidades financieras (sector real) desarrollen actividades de naturaleza financiera, verbigracia la compraventa de inversiones o títulos valores como acciones sociales”*¹.

1.2.- El concepto oficial No. 1184 de 2008, expedido por la Subdirección Jurídico Tributaria de la Secretaría de Hacienda Distrital –que se transcribe en su totalidad en la sentencia-, recoge la doctrina adoptada en el concepto No. 1064 de 2004.

Dicho concepto, *“de manera expresa ha determinado que en actividades realizadas por entidades del sector financiero, e incluso, **en entidades del sector real que desarrollen actividades financieras** la base gravable obtenida por rendimientos en la realización de títulos o activos como aquellos de la cuenta 4113 “Utilidad en venta e inversiones” y 413240 “Cambios por realización de activos y pasivos” está integrada por los ingresos operacionales, los cuales en virtud de la definición contenida en el*

¹ Fl. 316.

*PUC Financiero y en la Circular Externa 100 de 1995 de la Superintendencia Bancaria (Hoy Superfinanciera) registran **la utilidad**, esto es el **mayor valor obtenido a partir del valor de la inversión o costo del activo** que se originen en la realización de los activos.”²*

En ese orden de ideas, en estos eventos –realización de actividades financiera por el sector real- la base gravable del ICA la constituye el valor neto positivo de la cuenta 4113, lo que, de ninguna manera, implica que se estén deduciendo pérdidas o costos.

La base gravable, según la interpretación oficial, *“es especial y está conformada por los ingresos operacionales, definidos, como se vio líneas atrás, por el valor neto de la cuenta UTILIDAD EN CUENTA PROPIA o de rendimientos financieros, pero el positivo por cuanto éste es el único representativo de ingreso a la luz de lo consagrado por el artículo 38 del Decreto 2649 de 1993”³.*

1.3.- Del acervo probatorio, la Sala encuentra que Proyectar Valores cumple con los presupuestos establecidos en el concepto oficial 1184 de 2008, ya que es una persona jurídica del sector real que obtiene ingresos por la venta de inversiones – acciones, divisas y títulos de deuda pública-, que adquieren la calidad de rendimientos financieros.

Así las cosas, era procedente, como en efecto se hizo en las liquidaciones privadas, *“detr[er] el diferencial entre el **costo de adquisición (representativo del valor de la inversión realizada por la sociedad con el fin de obtener los rendimientos financieros a integrar la base gravable**, y el precio de venta”⁴.*

Por tal razón, *“la Sala no dilucida ninguna razón jurídica para que la Administración al momento de expedir la Liquidación Oficial del 1 de julio de 2009, no sólo inobservara sino que contraviniera la propia doctrina oficial, la cual entró en vigencia el 27 de noviembre de 2008 y, por ende, comenzó a producir efectos vinculantes para los funcionarios del fisco con anterioridad a la expedición del acto que concluyó el proceso de determinación del tributo al tenor de lo prescrito en el artículo 264 de la ley 223 de 1995”⁵.*

² Fl. 324-325.

³ Fl. 325.

⁴ Fl. 329.

⁵ Fl. 329.

1.4.- No puede perderse de vista que el mismo concepto 1184 de 2008, desconocido por la Administración Distrital en el acto demandado, expresamente manifiesta que su expedición obedece a que *“se vienen adelantando procesos de fiscalización a entidades que realizan actividades financieras, las cuales han argumentado que no se les debe aplicar la base gravable general dada por el impuesto de industria y comercio para las actividades gravadas con el impuesto de industria y comercio, debido a que la capacidad contributiva derivada de tales operaciones no guarda proporcionalidad con el impuesto que así les correspondería pagar. Sugieren que se les debía gravar no por la totalidad de los ingresos que perciban, ya que en muchas ocasiones se trata del retorno del mismo capital monetario colocado para realizar la operación, sino solamente por los rendimientos financieros derivados de este tipo de actividades”*⁶.

1.5.- En conclusión, los valores netos positivos glosados en las liquidaciones privadas del ICA presentadas por Proyectar Valores, correspondiente a los bimestres 3 a 6 del año 2006, eran los llamados a integrar la base gravable del impuesto, puesto que, de acuerdo con la postura adoptada por la doctrina oficial, era procedente disminuir de la base gravable los valores negativos de la cuenta 4113, en tanto el ICA, para estas actividades únicamente grava los ingresos operativos financieros, entendidos como la utilidad.

En consecuencia, ya que los valores formulados en las declaraciones coinciden con lo acreditado en la prueba contable presentada por el contribuyente y el dictamen pericial practicado, el acto demandado es nulo en cuanto modificó la base gravable en este aspecto.

2.- Sobre la actividad económica de recepción de dividendos

2.1.- La controversia versa sobre la naturaleza jurídica de la actividad económica que genera ingresos por dividendos: si es comercial o de servicios; circunstancia que incide directamente en la tarifa aplicable, pues mientras la primera es de 11.04, la segunda es de 9.66 por mil.

2.2.- Al respecto, debe considerarse que, para efectos del ICA, el artículo 54 del Decreto 352 de 2002 –Estatuto Tributario de Bogotá-, considera actividades comerciales las definidas como tal por el Código de Comercio –artículos 20 a 23-, siempre y cuando no hayan sido catalogadas como de servicios por otra ley.

⁶ FI. 329-330.

2.3.- Dentro del objeto social de Proyectar Valores se encuentra la actividad de inversión de capital en diferentes sociedades, actividad que es catalogada como comercial por los artículos 20 del Código de Comercio y 34 y 35 del Decreto 352 de 2002.

Dicha actividad, esto es, la adquisición de acciones de otras sociedades a mutuo y con capital propio, que generan dividendos para la sociedad inversionista, no se adecúa, además, a la definición de actividad de servicios, en tanto ésta última –la actividad de servicios- implica la existencia de una relación con otro sujeto, a favor del que realiza una tarea, labor o trabajo a cambio de una contraprestación.

2.4.- Contrario a lo afirmado por Proyectar Valores, el Concepto 1184 de 2008 no manifiesta que los dividendos, cuando se perciben en desarrollo del objeto social del ente económico, se subsumen en los ingresos operacionales financieros y, por ende, son producto de una actividad de servicios.

El mencionado concepto desarrolla de manera concreta aspectos concernientes a la configuración de la base gravable del ICA, pero no establece criterios para la imposición tarifaria o sobre las definiciones de las actividades económicas aplicables con dicho fin.

2.5.- Debe tenerse en cuenta, además, que el objeto social de una empresa puede contemplar simultáneamente el ejercicio de distintas clases de actividades, las que, a la luz de las normas que regulan el impuesto de industria y comercio, pueden catalogarse como actividades comerciales o como actividades de servicios, por lo que el código económico y la tarifa pueden variar de una a otra, así las ejecute la misma sociedad.

Por tal razón, no está llamado a prosperar el cargo.

3.- De la sanción por inexactitud

En atención a la nulidad parcial de los actos, la sanción por inexactitud debe reliquidarse, en tanto no es posible predicar una diferencia de criterios en el caso de la clasificación de la actividad de inversión en acciones:

TERCER BIMESTRE: MAYO-JUNIO DE 2006

No.	CONCEPTO	LIQ.PRIVADA	LIQ. OFICIAL	LIQUIDACION TRIBUNAL
13	TOTAL INGRESOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS DEL PERIODO	1.082.660.000	4.147.217.000	1.082.660.000
14	Menos: Total Ingresos Obtenidos fuera de Bogotá	0	0	-
15	TOTAL INGRESOS BRUTOS OBTENIDOS EN BOGOTA	1.082.660.000	4.147.217.000	1.082.660.000
16	Menos: Devoluciones, rebajas y descuentos	0	0	-
17	Menos: Otras deducciones, exenciones y actividades no sujetas	0	0	-
18	INGRESOS NETOS GRAVABLES	1.082.660.000	4.147.217.000	1.082.660.000
19	TOTAL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO	10.458.000	40.074.000	10.470.000
20	Más: Impuesto de Avisos y Tableros	0	0	-
21	Más: Valor total unidades comerciales adicionales	0	0	-
22	TOTAL IMPUESTO A CARGO	10.458.000	40.074.000	10.470.000
23	Menos-Valor que le retuvieron a título de ICA	316.000	316.000	316.000
24	TOTAL IMPUESTO LIQUIDADO	10.142.000	39.758.000	10.154.000
25	Más: Sanciones	0	47.386.000	19.000
26	TOTAL SALDO A CARGO	10.142.000	87.144.000	10.173.000

CUANTIFICACION DEL IMPUESTO A CARGO

CONCEPTO	CIU	VALOR	TARIFA	IMPUESTO
OTROS TIPOS DE COMERCIO NCP NO REALIZADOS EN ESTABLECIMIENTOS	52693	8.336.000	11,04	92.000
ACTIVIDADES DE COMISIONISTAS Y CORREDORES DE VALORES	6713	1.074.324.000	9,66	10.378.000
TOTAL		1.082.660.000		10.470.000

DETERMINACION DE LA SANCION POR INEXACTITUD

TOTAL SALDO A CARGO DETERMINADO	10.470.000
TOTAL SALDO A CARGO DECLARACION PRIVADA	10.458.000
MAYOR VALOR A PAGAR	12.000
SANCION POR INEXACTITUD (160%)	19.000

CUARTO BIMESTRE: JULIO-AGOSTO DE 2006

No.	CONCEPTO	LIQ.PRIVADA	LIQ.TESORERIA	LIQUIDACION TRIBUNAL
13	TOTAL INGRESOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS DEL PERIODO	1.782.172.000	4.222.854.000	1.782.172.000
14	Menos: Total Ingresos Obtenidos fuera de Bogotá	0	0	0
15	TOTAL INGRESOS BRUTOS OBTENIDOS EN BOGOTA	1.782.172.000	4.222.854.000	1.782.172.000
16	Menos: Devoluciones, rebajas y descuentos	0	0	0
17	Menos: Otras deducciones, exenciones y actividades no sujetas	594.620.000	0	594.620.000
18	INGRESOS NETOS GRAVABLES	1.187.552.000	4.222.854.000	1.187.552.000
19	TOTAL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO	11.472.000	40.807.000	17.230.000
20	Más: Impuesto de Avisos y Tableros	0	0	0
21	Más: Valor total unidades comerciales adicionales	0	0	0
22	TOTAL IMPUESTO A CARGO	11.472.000	40.807.000	17.230.000
23	Menos-Valor que le retuvieron a título de ICA	63.000	63.000	63.000
24	TOTAL IMPUESTO LIQUIDADO	11.409.000	40.744.000	17.167.000
25	Más: Sanciones	0	46.936.000	9.314.000
26	TOTAL SALDO A CARGO	11.409.000	87.680.000	26.481.000

CUANTIFICACION DEL IMPUESTO A CARGO

CONCEPTO	CIU	VALOR	TARIFA	IMPUESTO
OTROS TIPOS DE COMERCIO NCP NO REALIZADOS EN ESTABLECIMIENTOS	52693	10.725.000	11,04	118.000
ACTIVIDADES DE COMISIONISTAS Y CORREDORES DE VALORES	6713	1.771.447.000	9,66	17.112.000
TOTAL		1.782.172.000		17.230.000

DETERMINACION DE LA SANCION POR INEXACTITUD

TOTAL SALDO A CARGO DETERMINADO	17.230.000
TOTAL SALDO A CARGO DECLARACION PRIVADA	11.409.000
MAYOR VALOR A PAGAR	5.821.000
SANCION POR INEXACTITUD (160%)	9.314.000

QUINTO BIMESTRE: SEPTIEMBRE-OCTUBRE DE 2006

No.	CONCEPTO	LIQ.PRIVADA	LIQ.TESORERIA	LIQUIDACION TRIBUNAL
13	TOTAL INGRESOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS DEL PERIODO	1.372.939.000	1.870.290.000	1.372.939.000
14	Menos: Total Ingresos Obtenidos fuera de Bogotá	0	0	-
15	TOTAL INGRESOS BRUTOS OBTENIDOS EN BOGOTA	1.372.939.000	1.870.290.000	1.372.939.000
16	Menos: Devoluciones, rebajas y descuentos	0	0	-
17	Menos: Otras deducciones, exenciones y actividades no sujetas	0	0	-
18	INGRESOS NETOS GRAVABLES	1.372.939.000	1.870.290.000	1.372.939.000
19	TOTAL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO	13.263.000	18.104.000	13.300.000
20	Más: Impuesto de Avisos y Tableros	0	0	-
21	Más: Valor total unidades comerciales adicionales	0	0	-
22	TOTAL IMPUESTO A CARGO	13.263.000	18.104.000	4.841.000
23	Menos-Valor que le retuvieron a título de ICA	196.000	196.000	196.000
24	TOTAL IMPUESTO LIQUIDADO	13.067.000	17.908.000	4.645.000
25	Más: Sanciones	0	7.746.000	373.000
26	TOTAL SALDO A CARGO	13.067.000	25.654.000	5.018.000

CUANTIFICACION DEL IMPUESTO A CARGO

CONCEPTO	CIU	VALOR	TARIFA	IMPUESTO
OTROS TIPOS DE COMERCIO NCP NO REALIZADOS EN ESTABLECIMIENTOS	52693	26.773.000	11,04	296.000
ACTIVIDADES DE COMISIONISTAS Y CORREDORES DE VALORES	6713	1.346.166.000	9,66	13.004.000
TOTAL		1.372.939.000		13.300.000

DETERMINACION DE LA SANCION POR INEXACTITUD

TOTAL SALDO A CARGO DETERMINADO	13.300.000
TOTAL SALDO A CARGO DECLARACION PRIVADA	13.067.000
MAYOR VALOR A PAGAR	233.000
SANCION POR INEXACTITUD (160%)	373.000

SEXTO BIMESTRE: NOVIEMBRE-DICIEMBRE DE 2006

No.	CONCEPTO	LIQ.PRIVADA	LIQ.TESORERIA	LIQUIDACION TRIBUNAL
13	TOTAL INGRESOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS DEL PERIODO	2.726.764.000	3.787.714.000	2.726.764.000
14	Menos: Total Ingresos Obtenidos fuera de Bogotá	0	0	-
15	TOTAL INGRESOS BRUTOS OBTENIDOS EN BOGOTA	2.726.764.000	3.787.714.000	2.726.764.000
16	Menos: Devoluciones, rebajas y descuentos	0	0	
17	Menos: Otras deducciones, exenciones y actividades no sujetas	0	0	
18	INGRESOS NETOS GRAVABLES	2.726.764.000	3.787.714.000	2.726.764.000
19	TOTAL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO	13.263.000	36.620.000	26.371.000
20	Más: Impuesto de Avisos y Tableros	0	0	-
21	Más: Valor total unidades comerciales adicionales	0	0	
22	TOTAL IMPUESTO A CARGO	13.263.000	36.620.000	26.371.000
23	Valor que le retuvieron a título de ICA	196.000	196.000	196.000
24	TOTAL IMPUESTO LIQUIDADO	13.067.000	36.424.000	26.175.000
25	Más: Sanciones	0	37.371.000	21.286.000
26	TOTAL SALDO A CARGO	13.067.000	73.795.000	47.461.000

CUANTIFICACION DEL IMPUESTO A CARGO

CONCEPTO	CIU	VALOR	TARIFA	IMPUESTO
OTROS TIPOS DE COMERCIO NCP NO REALIZADOS EN ESTABLECIMIENTOS	52693	22.131.000	11,04	244.000
ACTIVIDADES DE COMISIONISTAS Y CORREDORES DE VALORES	6713	2.704.633.000	9,66	26.127.000
TOTAL		2.726.764.000		26.371.000

DETERMINACION DE LA SANCION POR INEXACTITUD

TOTAL SALDO A CARGO DETERMINADO	26.371.000
TOTAL SALDO A CARGO DECLARACION PRIVADA	13.067.000
MAYOR VALOR A PAGAR	13.304.000
SANCION POR INEXACTITUD (160%)	21.286.000

RECURSOS DE APELACIÓN

1. Proyectar Valores S.A.

1.1.- Sobre la tarifa aplicable a los dividendos

1.1.1.- Para efectos del impuesto de industria y comercio no todas las actividades enlistadas en el artículo 20 del Código de Comercio pueden catalogarse como comerciales, ya que, independientemente de que la inversión en sociedades constituya un acto mercantil, lo cierto es que dentro del contexto en el que se realiza la operación, los dividendos pueden catalogarse como ingresos que provienen de una actividad de servicios.

Si bien el artículo 35 de la Ley 14 de 1983 dispone que son actividades comerciales las definidas como tales en el Código de Comercio, siempre y cuando no estén consideradas por la ley como actividades industriales o de servicio, no es menos cierto que los rendimientos obtenidos por Proyectar Valores en virtud de la inversión en acciones, son conexos o accesorios a la actividad de servicios desarrollada y no a una actividad comercial independientemente considerada.

Es claro que la actividad desarrollada por Proyectar Valores es de servicios, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 14 de 1983.

1.1.2.- Contario a lo afirmado por el Tribunal, la posición que se defiende tiene sustento en el concepto distrital No. 1184 de 2008.

En dicho concepto, la Administración Distrital, apoyada en la descripción que hace el Decreto 2650 de 1993 –Plan Único de Cuentas- de las cuentas 4150 –Actividad Financiera- y 4215 –Dividendos y participaciones-, concluyó que⁷:

“La actividad de inversión en valores que generan rentabilidad reviste una doble naturaleza como comercial o de servicios según el matiz que adquiera el negocio jurídico financiero. Es comercial cuando el mayor valor es producto de actividades de compra y venta de valores y es de servicios cuando se entrega un dinero para adquirir un valor con la expectativa de recibir una remuneración representada generalmente por intereses o dividendos. En este último caso se presta el servicio de soporte financiero a una entidad que recibe una inversión a cambio de lo cual retribuye con dividendos o intereses.” (Resaltos originales de la cita).

Así las cosas, a diferencia de lo que menciona el Tribunal en la sentencia de primera instancia, “los dividendos que sean percibidos con base en el desarrollo de la

⁷ Fl. 350.

actividad financiera, sí se consideran de servicios, y por ende están gravados a la tarifa del 9,66 por mil que corresponde a la actividad 6713 (Actividades de comisionistas y corredores de valores), según la Resolución 219 de 2004”⁸.

Resulta violatorio de la confianza legítima y buena fe afirmar que, un concepto que deja todos los elementos claros para que el contribuyente pueda definir cuál es la tarifa que le corresponde a una actividad gravada con ICA, no pueda ser aplicado porque no menciona específicamente los términos “tarifa” y “actividad económica”.

Es claro que el concepto reconoce una realidad contable y fiscal: las inversiones que se desarrollen como parte de una actividad financiera se consideran actividades de servicio y no de comercio, mientras que las inversiones que no estén enmarcadas en dicha actividad están gravadas con la tarifa para las actividades comerciales.

1.2.- Sobre la sanción por inexactitud

Los supuestos para la imposición de la sanción no se dan en el caso concreto ya que la sociedad contribuyente no ha omitido ingresos ni utilizado datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, de los que se derive un menor valor del impuesto a pagar.

En el proceso se demostró que las operaciones declaradas cumplen con las normas tributarias municipales vigentes y están amparadas por la doctrina oficial del Distrito.

Además, la posición jurídica adoptada es razonable, está sustentada y da cumplimiento lógico a las normas tributarias, por lo que debe aceptarse que existe diferencia de criterios, más cuando ni en la propia Administración existe una posición unánime frente al tema.

Obsérvese que la División de Gestión de Liquidación (que adelantó el proceso de fiscalización) y la Subdirección Jurídica Tributaria (que expidió el concepto 1184 de 2008) tienen posiciones diferentes respecto a las normas aplicables al caso.

1.3.- Errores en la liquidación del Tribunal

1.3.1.- Liquidación cuarto bimestre: julio – agosto de 2006

⁸ Ibíd.

Para determinar el valor del ICA, el Tribunal no disminuye de los ingresos correspondientes a *“actividades de comisionistas y corredores de valores”*, el monto incluido en el renglón 17 *“otras deducciones, exenciones y actividades no sujetas”*, por lo que liquida el impuesto sobre una base de \$1.771.447.000, cuando realmente es de \$1.176.827.000.

Para determinar la sanción por inexactitud, el Tribunal tomó el monto incluido en el renglón 22 –total impuesto a cargo- y restó el renglón 24 –total impuesto liquidado- lo que generó un incremento injustificado en la base para liquidar la sanción. El tratamiento correcto, conforme lo dispone el artículo 64 del Decreto 807 de 1993, es tomar el renglón 24 de la declaración hecha por el Tribunal y restarle el valor del renglón 24 de la declaración privada.

1.3.2.- Liquidación quinto bimestre: septiembre – octubre de 2006

En el renglón 22 –total impuesto a cargo- se incluyeron valores inferiores a los que realmente corresponden, pues el Tribunal registra la suma de \$4.841.000 cuando el valor es \$13.300.000, lo que modifica el monto a pagar de la declaración.

Para determinar la sanción por inexactitud, el Tribunal tomó el monto incluido en el renglón 22 –total impuesto a cargo- y restó el renglón 24 –total impuesto liquidado- lo que generó un incremento injustificado en la base para liquidar la sanción. El tratamiento correcto, conforme lo dispone el artículo 64 del Decreto 807 de 1993, es tomar el renglón 24 de la declaración hecha por el Tribunal y restarle el valor del renglón 24 de la declaración privada.

1.3.3.- Liquidación sexto bimestre: noviembre – diciembre de 2006.

En el cuadro que corresponde a la transcripción de la liquidación privada, en el renglón 22 –total impuesto a cargo- se incluye el valor que fue declarado en el quinto bimestre (\$13.263.000) y no el que corresponde al período en discusión (\$26.341.000), lo que hace que la base para calcular la sanción por inexactitud sea más alta.

Tanto en la transcripción de la declaración privada, como en la liquidación hecha por el Tribunal, en el renglón 23 –valor que le retuvieron a título de ICA-, se registra un valor de \$196.0000, cuando el valor de las retenciones es de \$133.000.

Para determinar la sanción por inexactitud, el Tribunal tomó el monto incluido en el renglón 22 –total impuesto a cargo- y restó el renglón 24 –total impuesto liquidado- lo que generó un incremento injustificado en la base para liquidar la sanción. El tratamiento correcto, conforme lo dispone el artículo 64 del Decreto 807 de 1993, es tomar el renglón 24 de la declaración hecha por el Tribunal y restarle el valor del renglón 24 de la declaración privada.

Es incoherente que los valores que generan el mayor valor del impuesto, que corresponden a la aplicación de una tarifa mayor sobre los dividendos percibidos (diferencia de apenas el 1,38 por mil aplicada sobre una base de \$22.131.000), pueda dar lugar a una diferencia de \$13.304.000, como resulta del cálculo del Tribunal:

CUANTIFICACIÓN DEL IMPUESTO A CARGO (LIQUIDACIÓN TRIBUNAL)				
CONCEPTO	CIU	VALOR	TARIFA	IMPUESTO
OTROS TIPOS DE COMERCIO NCP NO REALIZADOS EN ESTABLECIMIENTOS	52693	\$ 22.131.000,00	11,04	\$ 244.000
ACTIVIDADES DE COMISIONISTAS Y CORREDORES DE VALORES	6713	\$ 2.704.633.000,00	9,66	\$ 26.127.000
TOTAL		\$ 2.726.764.000,00		\$ 26.371.000

CUANTIFICACIÓN DEL IMPUESTO A CARGO (LIQUIDACIÓN CONTRIBUYENTE)				
CONCEPTO	CIU	VALOR	TARIFA	IMPUESTO
OTROS TIPOS DE COMERCIO NCP NO REALIZADOS EN ESTABLECIMIENTOS	52693	\$ 22.131.000,00	9,66	\$ 214.000
ACTIVIDADES DE COMISIONISTAS Y CORREDORES DE VALORES	6713	\$ 2.704.633.000,00	9,66	\$ 26.127.000
TOTAL		\$ 2.726.764.000,00		\$ 26.341.000

Como puede verse, no es razonable que una diferencia de \$30.000 en el impuesto a cargo genere una sanción por inexactitud de más de \$21.000.000, que no es más que el producto de errores en la transcripción de la liquidación privada.

2. Distrito Capital de Bogotá

2.1.- La lectura que hace el Tribunal del concepto oficial No. 1184 de 2008 desborda la interpretación hecha por la Administración Distrital, porque el concepto de ingresos operacionales no puede tomarse como fundamento para determinar la base gravable en el caso concreto, pues éste sólo es aplicable para definir el impuesto a cargo de las entidades financieras, a las que el legislador dotó de una base gravable especial.

El Tribunal amplió dicha base gravable especial para los sujetos pasivos a los que hizo referencia el concepto 1184 de 2008.

2.2.- De acuerdo con el concepto de rendimiento financiero, se concluye que la base gravable en el caso concreto está conformada por la sumatoria de los mayores valores o remuneraciones que obtuvo la sociedad contribuyente, inversionista en el sector real, en relación con sus inversiones.

Sin embargo, la afirmación que hace el Tribunal en cuanto a que la base gravable en el caso concreto está conformada por el valor neto positivo de la cuenta 4113, no tiene fundamento en la doctrina oficial y contraviene abiertamente el bloque de constitucionalidad vigente y el artículo 154 del Decreto Ley 1421 de 1993.

2.3.- Tal como lo dispone el artículo 154 del Decreto Ley 1421 de 1993, la base gravable del impuesto de industria y comercio está conformada por los ingresos netos, entendidos como la sumatoria de los ingresos ordinarios y extraordinarios, menos los correspondientes a actividades exentas y no sujetas, a devoluciones, rebajas y descuentos, a exportaciones y a la venta de activos fijos.

De ahí que la Administración Distrital sostenga que en el caso concreto sólo se puede deducir de los ingresos ordinarios y extraordinarios los conceptos que taxativamente trae la norma en cita, entre los que no se encuentran las desvalorizaciones de las acciones o inversiones al momento de su venta.

2.4.- De acuerdo con la definición de ingresos que trae el artículo 38 del Decreto 2649 de 1993 –flujos de entradas de recursos-, *“es evidente que un menor valor que se registra en el débito de la cuenta 4113 es un ingreso cuando la inversión se vendió por debajo del valor que traía en la contabilidad (precio de compra más valorizaciones) pero es posible que esa inversión si haya generado un ingreso para la comisionista por cuanto se vendió por encima de su valor de adquisición. No obstante es claro que en este caso el valor de esos “débitos” es un ingreso que debería ser sumado a los créditos a efectos de establecer de manera correcta la base gravable del impuesto de industria y comercio. Ahora bien, en el caso que la venta de la acción se realice por un valor que efectivamente se encuentre no solo por debajo del valor registrado contablemente, sino también por debajo del valor de adquisición evidentemente estamos ante una pérdida”*⁹.

⁹ Fl. 365 vto.

Así las cosas, para efectos de liquidar el impuesto de industria y comercio sólo deben tenerse en cuenta los registros créditos, que indudablemente representan flujos de entrada de recursos, en tanto que los menores valores en los que se castiga la inversión de manera alguna tienen el carácter de ingreso.

2.5.- El Tribunal, para decidir el caso concreto, le da prevalencia a la reglamentación contable –Decreto 2649 de 1993-, cuando lo que debe primar, por su jerarquía, es la normatividad tributaria –Decreto Ley 1421 de 1993-.

2.6.- El hecho de que la cuenta 4113 contenga una columna para créditos y otra para débitos, no cambia la naturaleza ni el concepto de ingreso contenido en el Decreto 2649 de 1993.

Dicho registro es sólo una forma *“de revelar de manera comparada el desempeño positivo y negativo de las inversiones en posición propia, información vital para todo el sistema pero que de manera alguna modifica la definición de ingreso”*¹⁰.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La sociedad Proyectar Valores S.A. (fl. 376-386) y el Distrito Capital de Bogotá (fl. 387-389), presentaron alegatos de conclusión en segunda instancia, en los que reiteraron los argumentos expuestos en los recursos de apelación interpuestos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público solicitó que se confirmara la sentencia apelada. Como fundamentos de su concepto manifestó:

1.- En el concepto 1184 de 2008 la Administración Distrital aceptó que las actividades financieras pueden ser desarrolladas por entidades financieras y por entidades del sector real, y que los ingresos por rendimientos financieros, definidos

¹⁰ Fl. 366.

como el mayor valor obtenido de la inversión o especulación en bolsa, conforman la base gravable del ICA.

En otras palabras, *“concluyó que había una base gravable especial para las actividades financieras que realizaban los agentes del sector real limitada a los rendimientos financieros”*¹¹.

En dicho concepto también se consideró que la actividad de inversión en valores era comercial cuando ese mayor valor se generaba por su compra y venta y, de servicios, cuando se entregaba dinero con la expectativa de recibir dividendos o intereses, inversión distinta de la relacionada con la compra de bienes para capital.

Así las cosas, debe sostenerse que, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 42 del Decreto Distrital No. 352 de 2002 y 154 del Decreto Ley 1421 de 1993, la base gravable del ICA está conformada por todos los ingresos netos del contribuyente, pero, tratándose de actividades financieras desarrolladas por entidades financieras y del sector real, dicha base se limita a los rendimientos financieros, conforme a la interpretación hecha en la doctrina oficial.

2.- En la definición legal de actividad comercial –artículo 20 del Código de Comercio– está incluida la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones de las sociedades, así como las operaciones de bolsa.

Por tal razón, la tarifa aplicable para este tipo de actividades –inversión en sociedades– es la fijada para la actividad comercial, es decir 11.04 por mil.

3.- Carece de sustento legal la inconformidad de la sociedad demandante sobre las cifras en las que el Tribunal sustentó su liquidación, ya que corresponden *“a la discriminación plasmada en los requerimientos oficiales entre el monto correspondiente a ingresos por actividad comercial, con la única diferencia sobre los ingresos como comisionista de bolsa por las razones anotadas”*.

4.- En el presente caso no existe una diferencia de criterio en cuanto a la aplicación de la tarifa correspondiente a las actividades comerciales desarrolladas por la sociedad contribuyente –inversión en sociedades–, en vista de que no existe una norma que ampare la posición defendida en la demanda, por lo que procede la imposición de la sanción por inexactitud.

¹¹ FI. 395.

CONSIDERACIONES

1. Problemas jurídicos

En los términos de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, lo primero que le corresponde establecer a la Sección es si era procedente: i) incluir en la depuración de la base gravable del impuesto de industria y comercio a cargo de la sociedad Proyectar Valores S.A., por los bimestres 3 a 6 del año 2006, lo que el Distrito Capital denomina como las pérdidas ocasionadas en desarrollo del objeto social y, ii) aplicar la tarifa para la actividad comercial (11.04 por mil) a los dividendos recibidos por la contribuyente.

Posteriormente, examinará la procedencia de la sanción por inexactitud y la liquidación efectuada por el *a-quo*.

2. Lo probado en el proceso

2.1.- El 18 de julio, 19 de septiembre y 16 de noviembre de 2006 y el 17 de enero de 2007, Proyectar Valores presentó en el Distrito Capital las declaraciones de ICA por los bimestres 3, 4, 5 y 6 del año 2006, respectivamente, en las que reportó la siguiente información (fl. 22 a 25):

Bimestre	Total ingresos netos gravables	Total impuesto a cargo
3	\$1.082.660.000	\$10.142.000
4	\$1.187.552.000	\$11.409.000
5	\$1.372.939.000	\$13.067.000
6	\$2.726.764.000	\$26.208.000

2.2.- El 14 de noviembre de 2008, el Distrito profirió el requerimiento especial No. 2008EE446944, por el que le propuso a Proyectar Valores modificar las liquidaciones privadas, en vista de que (fl. 26-49):

- a) No incluyó el total de ingresos ordinarios y extraordinarios obtenidos en cada bimestre.

- b) La normatividad tributaria no autoriza, en la determinación de los ingresos, la deducción de las pérdidas ocasionadas en desarrollo del objeto social, ya que éstas tienen la connotación fiscal de gastos y no de menor valor del ingreso, independientemente de que la norma contable autorice, para el sector financiero, su contabilización al débito de la cuenta de ingresos.
- c) En la liquidación del ICA debe incluirse la totalidad de la cuenta 4113, en la que se registran tanto las utilidades como las pérdidas en la venta de inversiones.
- d) De la cuenta 413240 –cambios realización de activos-, se debe tomar sólo el movimiento de crédito por tratarse del registro de utilidades que se originan en la realización de los activos.
- e) Los ingresos percibidos por concepto de dividendos y participaciones, registrados en la cuenta 4210, son fruto de la realización de actividades comerciales, por lo que deben declararse con el código de actividad 52693 – otros tipos de comercio NCP- y, por ende, aplicarse la tarifa 11.04 por mil.

2.3.- En la respuesta al requerimiento especial, Proyectar Valores solicitó la aplicación la doctrina oficial consignada en el concepto No. 1184 de 2008, que, en su sentir, avala la forma como fue liquidado el ICA en las declaraciones privadas (fl. 50-60).

2.4.- Mediante la liquidación oficial de revisión No. 535DDI 119395 de 2009, el Distrito modificó las liquidaciones privadas del ICA presentadas por la sociedad contribuyente e impuso sanción por inexactitud, así (fl. 62-73):

Bimestre	Código actividad	Ingresos netos gravables	Tarifa	Impuesto	Sanción inexactitud
3	6713	\$4.138.881.000	9.66	\$39.982.000	\$47.386.000
	52693	\$8.336.000	11.04	\$92.000	
4	6713	\$4.212.129.000	9.66	\$40.689.000	\$46.936.000
	52693	\$10.725.000	11.04	\$118.000	

5	6713	\$1.843.517.000	9.66	\$17.808.000	\$7.746.000
	52693	\$26.773.000	11.04	\$296.000	
6	6713	\$3.765.583.000	9.66	\$36.376.000	\$37.371.000
	52693	\$22.131.000	11.04	\$244.000	

2.5. En la liquidación oficial de revisión, la Administración Distrital no hizo mención al concepto 1184 de 2008, sino que, como fundamentos de la decisión, manifestó que:

2.5.1.- Proyectar Valores, al realizar, en la ciudad de Bogotá, las actividades de comisionista de bolsa e inversionista de recursos propios, liquidó erróneamente la base gravable del ICA, correspondiente a los bimestres 3, 4, 5 y 6 del año gravable 2006, al deducir de la totalidad de los ingresos las pérdidas ocasionadas en desarrollo del objeto social y al liquidar con tarifa equivocada el impuesto generado por concepto de ingresos percibidos por dividendos.

2.5.2.- Si bien la Ley 14 de 1983 previó una base gravable especial para el sector financiero, eso no implica que las entidades financieras deban tributar únicamente sobre la utilidad, *“pues lo que allí se ha dispuesto es que tributen sobre sus ingresos, entendidos éstos como las comisiones, intereses, rendimientos de la sección de ahorros, etc., pero sin que por ninguna parte se permita excluir de ella los costos, gastos y/o pérdidas en que incurre el ente económico en desarrollo de la actividad para la obtención de los recursos”*.

Además, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 2649 de 1993, no es posible descontar las pérdidas registradas en un período para efectos de cuantificar el ingreso percibido.

2.5.3.- En el proceso de fiscalización se estableció que Proyectar Valores, además de la actividad de servicios de comisionista de bolsa, desarrolló, en jurisdicción del Distrito Capital, actividad de inversionista en sociedades, catalogada como mercantil por el artículo 20 del Código de Comercio, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto Distrital 352 de 2002.

En ese orden de ideas, en atención a lo previsto en el artículo 54 del Decreto Distrital 352 de 2002, *“habiendo realizado distintas actividades, no es posible que el contribuyente liquide el impuesto bajo un solo código de actividad, pues para efectos tributarios no es lo mismo una actividad comercial que una de servicio”*.

2.5.4.- La Administración *“no advierte improcedencia en la imposición de la sanción por inexactitud o diferencia de criterios en la interpretación y aplicación de la norma, sino el empeño en la aplicación de una legislación inexistente y/o inaplicable al caso de autos”*.

3. Determinación de la base gravable del impuesto de industria y comercio para las sociedades comisionistas de bolsa por los ingresos obtenidos por operaciones realizadas por cuenta propia –Reiteración del precedente de la Sección.

3.1.- En el caso, se discute la legalidad de liquidación oficial de revisión No. 535DDI 119395 de 2009, por la que el Distrito Capital determinó oficialmente el impuesto de industria, comercio, avisos y tableros, correspondiente a los bimestres 3° a 6° del 2006, a cargo de la sociedad Proyectar Valores S.A.

En los términos del recurso de apelación interpuesto por el Distrito Capital, la Sala debe dilucidar cuál es la **base gravable** del impuesto de industria y comercio, en Bogotá, para las sociedades comisionistas de bolsa. En especial, debe determinar cuál es el ingreso gravable por la actividad que desarrollan cuando realizan las denominadas *“operaciones por cuenta propia”*.

Como la Sección ya tuvo oportunidad de analizar ampliamente el asunto objeto de apelación, en esta oportunidad se reiterarán y transcribirán los argumentos expuestos en la sentencia del 24 de octubre de 2013, proferida en el proceso con radicado número 25000-23-27-000-2010-00138-01 (19210), C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

3.2.- La Ley 14 de 1983¹² reguló el impuesto de industria y comercio, gravamen de carácter municipal que recae sobre **todas** las actividades comerciales, industriales y de servicios que se realizan en los distritos especiales y en los municipios, ya sea en forma permanente o transitoria, y en establecimientos de comercio abiertos o no al público.

¹² “Por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones”.

En Bogotá, para los períodos en cuestión, se aplicaba el Decreto 352 de 2002¹³, que en el Capítulo II, regula el impuesto de industria y comercio y su complementario, el de avisos y tableros, autorizados por la Ley 97 de 1913, la Ley 14 de 1983 y el decreto-ley 1333 de 1986 y el decreto constitucional 1421 de 1993.

3.3.- El Decreto 352 de 2002, define las actividades industrial, comercial y de servicios, en los artículos 33 a 35, así:

“Artículo 33. Actividad industrial.

Es actividad industrial, la producción, extracción, fabricación, manufactura, confección, preparación, reparación, ensamblaje de cualquier clase de materiales y bienes y en general cualquier proceso de transformación por elemental que éste sea.

Artículo 34. Actividad comercial.

Es actividad comercial, la destinada al expendio, compraventa o distribución de bienes y mercancías, tanto al por mayor como al por menor y las demás actividades definidas como tales por el Código de Comercio, siempre y cuando no estén consideradas por la ley como actividades industriales o de servicios (subraya fuera de texto)¹⁴.

Artículo 35. Actividad de servicio.¹⁵

¹³ “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”.

¹⁴ La expresión “y las demás definidas como tales por el Código de Comercio”, contenida en el artículo 35 de la Ley 14 de 1983, compilado como artículo 198 del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal) fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-121 de 2006.

¹⁵ La Ley 14 de 1983, en el artículo 36, subrogado por el artículo 199 del Decreto 1333 de 1986 define las actividades de servicio, en los siguientes términos: “Son actividades de servicios las dedicadas a satisfacer necesidades de la comunidad mediante la realización de una o varias de las siguientes o análogas actividades: expendio de bebidas y comidas; servicio de restaurante, cafés, hoteles, casas de huéspedes, moteles, amoblados, transporte y aparcaderos, **formas de intermediación comercial**, tales como el corretaje, **la comisión**, los mandatos y la compra - venta y administración de inmuebles; servicios de publicidad, interventoría, construcción y urbanización, radio y televisión, clubes sociales, sitios de recreación, salones de belleza, peluquerías, portería, servicios funerarios, talleres de reparaciones eléctricas, mecánica, automoviliarias y afines, lavado, limpieza y teñido, salas de cine y arrendamiento de películas y de todo tipo de reproducciones que contengan audio y video, negocios de montepios y los servicios de consultoría profesional prestados a través de sociedades regulares o de hecho”.

Es actividad de servicio, toda tarea, labor o trabajo ejecutado por persona natural o jurídica o por sociedad de hecho, sin que medie relación laboral con quien lo contrata, que genere una contraprestación en dinero o en especie y que se concrete en la obligación de hacer, sin importar que en ella predomine el factor material o intelectual.”

3.4.- En el artículo 42 ib., fija la regla general de determinación de la base gravable, en los siguientes términos:

*“El impuesto de industria y comercio correspondiente a cada bimestre, se liquidará con base en los **ingresos netos** del contribuyente obtenidos durante el período. Para determinarlos, se restará 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 fijos¹⁶.*

*Hacen parte de la base gravable, **los ingresos obtenidos** por rendimientos financieros, comisiones y en general todos los que no estén expresamente excluidos en este artículo.*

Parágrafo primero. *Para la determinación del impuesto de industria y comercio no se aplicarán los ajustes integrales por inflación.*

Parágrafo segundo. *Los contribuyentes que desarrollen actividades parcialmente exentas o no sujetas, deducirán de la base gravable de sus declaraciones, el monto de sus ingresos correspondiente con la parte exenta o no sujeta.”*

3.5.- El mismo Decreto establece el tratamiento aplicable al **sector financiero** y la “base gravable especial”, en los artículos 45 y 46, así:

“Artículo 45.- *Los bancos, las corporaciones financieras, almacenes generales de depósito, compañías de seguros de vida, compañías de seguros generales,*

¹⁶ En los artículos 43 y 44 se señalan las condiciones exigidas para la procedencia de las exclusiones de la base gravable.

*compañías reaseguradoras, compañías de financiamiento comercial, sociedades de capitalización y demás establecimientos de crédito que defina como tal la Superintendencia Bancaria e instituciones financieras reconocidas por la ley, tendrán la **base gravable especial** definida en el artículo siguiente.*

Parágrafo.- Las personas jurídicas sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria no definidas o reconocidas por ésta o por la ley, como establecimientos de crédito o instituciones financieras, pagarán el impuesto de industria y comercio conforme a las reglas generales que regulan dicho impuesto.

Artículo 46. Base gravable especial para el sector financiero.

La base gravable para el sector financiero señalado en el artículo anterior, se establecerá así:

1. Para los bancos, los ingresos operacionales del bimestre representados en los siguientes rubros:

- a) Cambios: posición y certificado de cambio.*
- b) Comisiones: de operaciones en moneda nacional, de operaciones en moneda extranjera.*
- c) Intereses: de operaciones con entidades públicas, de operaciones en moneda nacional, de operaciones en moneda extranjera.*
- d) Rendimiento de inversiones de la sección de ahorros.*
- e) Ingresos en operaciones con tarjeta de crédito.*
- f) Ingresos varios, no integran la base, por la exclusión que de ellos hace el Decreto Ley 1333 de 1986.*

2. Para las corporaciones financieras, los ingresos operacionales del bimestre representados en los siguientes rubros:

- a) Cambios: Posición y certificados de cambio.*
- b) Comisiones: de operaciones en moneda nacional, de operaciones en moneda extranjera.*
- c) Intereses: de operaciones con entidades públicas, de operaciones en moneda nacional, de operaciones en moneda extranjera, y*
- d) Ingresos varios.*

3. *Para las compañías de seguros de vida, seguros generales, y compañías reaseguradoras, los ingresos operacionales del bimestre representados en el monto de las primas retenidas.*
4. *Para las compañías de financiamiento comercial, los ingresos operacionales del bimestre representados en los siguientes rubros:*
 - a) *Intereses.*
 - b) *Comisiones, y*
 - c) *Ingresos varios.*
5. *Para los almacenes generales de depósito, los ingresos operacionales del bimestre representados en los siguientes rubros:*
 - a) *Servicios de almacenaje en bodegas y silos.*
 - b) *Servicios de aduanas.*
 - c) *Servicios varios.*
 - d) *Intereses recibidos.*
 - e) *Comisiones recibidas, y*
 - f) *Ingresos varios.*
6. *Para las sociedades de capitalización, los ingresos operacionales del bimestre representados en los siguientes rubros:*
 - a) *Intereses.*
 - b) *Comisiones.*
 - c) *Dividendos, y*
 - d) *Otros rendimientos financieros.*
7. *Para los demás establecimientos de crédito, calificados como tales por la Superintendencia Bancaria y entidades financieras definidas por la ley, diferentes a las mencionadas en los numerales anteriores, la base gravable será la establecida en el numeral 1 de este artículo en los rubros pertinentes.*
8. *Para el Banco de la República, los ingresos operacionales del bimestre señalados en el numeral 1 de este artículo, con exclusión de los intereses percibidos por los cupos ordinarios y extraordinarios de crédito concedidos a los establecimientos financieros, otros cupos de crédito autorizados por la Junta Directiva del Banco, líneas especiales de crédito de fomento y préstamos otorgados al Gobierno Nacional.”*

3.6.- Para efectos del tributo, el mismo Decreto, en el artículo 37, define el concepto de “*percepción del ingreso*”, en los siguientes términos:

“Se entienden percibidos en el Distrito Capital, como ingresos originados en la actividad industrial, los generados en la venta de bienes producidos en el mismo, sin consideración a su lugar de destino o a la modalidad que se adopte para su comercialización.

Se entienden percibidos en el Distrito Capital, los ingresos originados en actividades comerciales o de servicios cuando no se realizan o prestan a través de un establecimiento de comercio registrado en otro municipio y que tributen en él.

Para el sector financiero, los ingresos operacionales generados por los servicios prestados a personas naturales o jurídicas, se entenderán realizados en el Distrito Capital, donde opera la principal, sucursal o agencia u oficina abierta al público. Para estos efectos, las entidades financieras deberán comunicar a la Superintendencia Bancaria el movimiento de sus operaciones discriminadas por las principales, sucursales, agencias u oficinas abiertas al público que operen en el Distrito Capital.”

3.7.- De la normativa señalada, se observa que en el Distrito Capital existe una base gravable general y una base gravable especial para los establecimientos de crédito e instituciones financieras reconocidas por la ley.

La Sala revisará, de una parte, cuál es la actividad gravable desarrollada por la demandante y, de otra, si las sociedades comisionistas de bolsa han sido definidas por la ley como establecimientos de crédito o instituciones financieras, pues si el legislador lo ha reconocido así, se aplicará la norma especial, de lo contrario, deberá aplicarse la regla general.

3.8.- El objeto social principal de la demandante es “*la celebración de contratos o negocios jurídicos de comisión para la compra y venta de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores de la Superintendencia Financiera de Colombia*”¹⁷.

¹⁷ Fl. 6 vto. del cuaderno anexo.

En desarrollo del objeto social, la sociedad puede *“intermediar en la colocación de valores, garantizando la totalidad o parte de la misma o **adquiriendo dichos valores por cuenta propia**, con el fin de darle mayor estabilidad a los precios del mercado...”*¹⁸.

3.9.- El Decreto 1172 de 1980¹⁹ definió que son **comisionistas de bolsa** quienes, estando inscritos en el Registro Nacional de Intermediarios, han sido aceptados por una bolsa de valores (art. 1°). La Ley 45 de 1990²⁰ señaló que las sociedades comisionistas de bolsa deberán constituirse como sociedades anónimas y tendrán como objeto exclusivo el desarrollo del contrato de comisión²¹ para la compra y venta de valores (art. 7°). Así, estas sociedades adquieren y enajenan valores, en nombre propio, pero por cuenta de los comitentes.

En el mismo artículo, el legislador autorizó a estas sociedades para realizar, *“previa autorización de la Comisión Nacional de Valores y sujetas a las condiciones que fije la Sala General de dicha entidad”*, entre otras, las siguientes actividades:

*“a) Intermediar en la colocación de títulos garantizando la totalidad o parte de la misma o **adquiriendo dichos valores por cuenta propia**;*

*b) Realizar **operaciones por cuenta propia** con el fin de dar mayor estabilidad a los precios del mercado, reducir los márgenes entre el precio de demanda y oferta de los mismos y, en general, dar liquidez al mercado;”*

3.10.- En cuanto a las **operaciones por cuenta propia**, la Sala General de la Superintendencia de Valores²², mediante la Resolución 400 de 1995²³, en la PARTE SEGUNDA – DE LAS ENTIDADES VIGILADAS, en el Título Segundo - Sociedades Comisionistas de Bolsa, Capítulo Tercero – Operaciones por cuenta propia, artículos

¹⁸ Ib.

¹⁹ “Por el cual se regula la actividad de los comisionistas de bolsa”, en uso de las facultades que le confiere el numeral 5° del artículo 16 de la Ley 32 de 1979.

²⁰ “Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones”.

²¹ Código de Comercio, art. 1287, “La comisión **es una especie de mandato** por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena”.

²² El Decreto 4327 de 2005 (art. 1°) fusionó la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores, de esta fusión surgió la Superintendencia Financiera de Colombia.

²³ “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”.

2.2.3.1 a 2.2.3.17, señaló las transacciones que podían realizar estas sociedades por su propia cuenta.

Dispuso que en el mercado primario podían adquirir temporalmente valores directamente del emisor con el fin de facilitar la distribución y colocación de los títulos²⁴ y, que en el mercado secundario, podían adquirir y enajenar valores inscritos en bolsa con otros inversionistas con el fin de imprimirle liquidez y estabilidad al mercado²⁵.

Señaló que en estas operaciones, no pueden utilizar recursos provenientes de sus clientes²⁶, sino de su propio patrimonio o mediante endeudamiento, además, señaló: el objeto, límites, principios, forma de realizar las operaciones, obligaciones y condiciones generales, tiempo de permanencia de las inversiones, prohibiciones, entre otras disposiciones.

3.11.- Por medio de la Resolución 1200 de 1995²⁷, la misma Superintendencia estableció obligaciones a cargo de tales sociedades, entre las cuales están las “*reglas de conducta*” que debían adoptar en relación con dichas operaciones. Así, en el artículo 1.1.3.2, dispuso:

²⁴ “ARTICULO 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.”

²⁵ “ARTICULO 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.

²⁶ 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**. En todo caso, las sociedades comisionistas de bolsa podrán realizar operaciones por cuenta propia a través de operaciones de endeudamiento, de conformidad con el artículo 3.3.2.3 del Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores. Igualmente podrán efectuar operaciones de reporto pasivas sobre los títulos que posean en desarrollo de la presente resolución, siempre y cuando las mismas se realicen a través de mecanismos bursátiles.

²⁷ “Por la cual se actualizan y unifican las normas expedidas por el Superintendente de Valores”.

“REGLAS DE CONDUCTA QUE DEBEN SER ADOPTADAS POR LAS SOCIEDADES COMISIONISTAS DE BOLSA CON RELACIÓN A LAS OPERACIONES POR CUENTA PROPIA.

a) Observar en todas las operaciones que efectúen por cuenta propia los principios generales, obligaciones y demás disposiciones que establece el capítulo 3o. del título 2o. de la Parte Segunda de la Resolución 400 de 1995 de la Sala General.

b) Abstenerse de:

b.1 Realizar operaciones por cuenta propia de títulos emitidos, avalados, aceptados o cuya emisión sea administrada por la matriz, por sus filiales o subsidiarias de ésta o de la sociedad comisionista de bolsa.”

En la misma resolución, en la PARTE TERCERA - DE LAS ENTIDADES QUE PARTICIPAN DENTRO DEL MERCADO PÚBLICO DE VALORES, Título Sexto – Sociedades Comisionistas de Bolsa – contempló las actividades autorizadas en el artículo 7° de la Ley 45 de 1990. Así, dispuso en el Capítulo Primero:

“ARTICULO 3.6.1.1.- RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN GENERAL. De conformidad con el artículo 7° de la Ley 45 de 1990 se autoriza de manera general a las sociedades comisionistas de bolsa para adelantar las actividades que a continuación se enumeran, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en el artículo siguiente²⁸.

1. Operaciones por cuenta propia.

2. (...).”

3.12.- De lo anterior, se observa que la actividad desarrollada por las sociedades Comisionistas de Bolsa es reglada, toda vez que la normativa citada la define y

²⁸ “ARTICULO 3.6.1.2.- REQUISITOS. Para hacer uso del Régimen de autorización general de que trata el artículo anterior, deberá darse cumplimiento a las condiciones generales establecidas en cada caso por la Sala General de la Superintendencia de Valores, y siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos: (...)”

regula. Así, determina expresamente qué transacciones puede realizar, entre las que están, las denominadas **operaciones por cuenta propia**.

Esta clasificación comprende la adquisición y enajenación de valores en su nombre, 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.

3.13.- En cuanto al marco jurídico de las actividades financiera, aseguradora y del mercado de valores, la Superintendencia Financiera se pronunció en el Concepto 2011008889-003 del 4 de abril de 2011, en los siguientes términos:

“En primer lugar, es de anotar que el artículo 335 de la Constitución Política califica el interés público de las actividades financiera, aseguradora y bursátil, sin ocuparse de definir las de manera individual, aunque identifica un elemento común de su naturaleza básica: manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del público. Sin embargo, pese a ser claro que tales actividades compartan esa característica, cada una de ellas tiene un ámbito diverso de acción que justifica que la Carta haya hecho mención específica a las tres categorías en su texto y no haya subsumido sus particularidades en una descripción general denominada indistintamente como actividad financiera.

Conforme con esa orientación, y en uso de las facultades que le asisten en la materia por orden del propio Constituyente, el Legislador ha establecido los objetivos, criterios, instrumentos de intervención, agentes que participan en cada uno de los mercados en que las actividades en comento se desarrollan, como la naturaleza y objeto social de sus operadores. Así, se tiene que en materia financiera y aseguradora, la normatividad aplicable se encuentra contenida en el Decreto 663 de 1993, las disposiciones que éste incorpora, sus modificaciones y/o adiciones (la última de ellas, en virtud de la expedición de la Ley 1328 de 2009), que constituye el actual Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; en tanto que el eje central del mercado de valores, hoy en día está básicamente desarrollado en la Ley 964 de 2005, Ley del Mercado de Valores (sin perjuicio de las disposiciones que regulan aspectos puntuales no previstos en esa ley, como por ejemplo, algunos artículos de las leyes 27 y 45 de 1990).

Ahora bien, en punto específico al sector financiero, se encuentra que el artículo 1º del Estatuto Orgánico determina su estructura y hace una relación general de las entidades vigiladas por esta Autoridad a las que aplica dicho régimen; y los artículos 2º y 3º del mismo distinguen dos tipos de instituciones financieras en razón de su naturaleza y actividad: al primer grupo pertenecen los establecimientos de crédito (bancos, corporaciones financieras, compañías de financiamiento y cooperativas financieras) y al segundo, las denominadas sociedades de servicios financieros (fiduciarias, administradoras de fondos de pensiones, almacenes generales de depósito, y de intermediación cambiaria y servicios financieros especiales).

Se advierte, entonces, que en los precisos términos de la normatividad que rige al sector financiero, el Legislador no incluyó a las comisionistas de bolsa en la categoría de instituciones financieras, como tampoco lo hizo al dictar las normas que en particular se refieren a la ejecución de sus operaciones, ni con ocasión de la expedición de la Ley del Mercado de Valores o cuando en la reciente reforma introducida por la Ley 1328 de 2009, se ocupó de actualizar lo referente a la estructura del Sistema Financiero (Título III, artículos 25 a 35 ibídem).

En efecto, el artículo 35º, modificatorio del artículo 3º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en lo concerniente a las sociedades de servicios financieros, enuncia las entidades que ostentan la condición de tales (entre las cuales no se hace alusión a las sociedades comisionistas) y respecto de su naturaleza señala que las mismas tienen el carácter de instituciones financieras.”

Este concepto oficial muestra a la Sala que las actividades financiera, aseguradora y bursátil se relacionan con el manejo, aprovechamiento o inversión de dineros captados del público, que dichas actividades tienen un ámbito diverso de acción y asimismo regulaciones distintas, de las que se puede concluir que las sociedades comisionistas de bolsa no están definidas o reconocidas por el legislador como instituciones financieras.

3.14.- Por lo anterior, de conformidad con el párrafo del artículo 45 del Decreto 352 de 2002, en el 2006, *“las personas jurídicas sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria no definidas o reconocidas por ésta o por la ley, como establecimientos de crédito o instituciones financieras, pagarán el impuesto de industria y comercio conforme a las reglas generales que regulan dicho impuesto”*.

Por tal razón, en su condición de comisionista de bolsa, la demandante no estaba incluida en la categoría de institución financiera, por lo que debía tributar de acuerdo con las reglas generales del impuesto de industria y comercio, es decir, liquidarlo sobre los ingresos netos percibidos en el Distrito Capital, derivados de la actividad gravada, obtenidos durante el periodo, según el artículo 42 ib, pues solo con la expedición de la Ley 1430 de 2010, el legislador dispuso que los comisionistas de bolsa liquidarían el tributo sobre la base gravable establecida para los bancos, en los rubros pertinentes²⁹.

En consecuencia, en el 2006, para determinar la base gravable, la demandante debía tomar los ingresos ordinarios y extraordinarios, incluidos los rendimientos financieros, comisiones y cualquier otro ingreso que no estuviera expresamente excluido y, de la totalidad de los ingresos percibidos en el periodo gravable, restar los ingresos correspondientes a actividades exentas y no sujetas, los obtenidos en otros municipios y las devoluciones, rebajas y descuentos, las exportaciones y la venta de activos fijos.

3.15.- En el presente asunto, la controversia gira en torno a los ingresos derivados de las operaciones por cuenta propia.

Para la demandante, en estas operaciones, el verdadero ingreso es el resultado de la dinámica de la cuenta 4113 del PUC, toda vez que la utilidad en la venta se lleva al crédito y la pérdida al débito, además, si la cuenta arroja un saldo *“negativo o pérdida de resultado”* éste se contabiliza como crédito en la cuenta 5113.

Para la demandada, tratándose de las operaciones por cuenta propia, hacen parte de la base gravable del tributo los ingresos pero entendidos como tales, únicamente, los créditos de la cuenta 4113, sin tener en cuenta los débitos de la misma, los cuales se traducen en pérdidas, costos y gastos generados en desarrollo de la

²⁹ El artículo 52 de la Ley 1430 de 2010 adicionó un párrafo al artículo 42 de la Ley 14 de 1983, cuyo texto dice: *“Dentro de la base gravable contemplada para el sector financiero, aquí prevista, formaran parte los ingresos varios. Para los comisionistas de bolsa la base impositiva será la establecida para los bancos de este artículo en los rubros pertinentes”*. Se destaca.

actividad, conceptos que la normativa no autoriza restar al determinar la base gravable.

Por lo anterior, la Sala debe dilucidar cuál es el ingreso que hace parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio, en este tipo de operaciones, esto es, si es el saldo crédito resultante de los movimientos débito y crédito de la cuenta 4113 como lo sostiene la demandante o, la sumatoria de los movimientos créditos de la misma cuenta, como lo estima el demandado.

3.16.- La regla aplicable, prevista en el artículo 42 del Decreto 352 de 2002, establece que el impuesto correspondiente a cada bimestre, se liquidará sobre los *“ingresos netos del contribuyente obtenidos durante el periodo”*.

En el mencionado precepto se establece la manera de depurar los ingresos, así dispone que *“para determinarlos, se restará de la **totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios (...)**”*.

3.17.- Ni la norma territorial ni la que regula el tributo a nivel nacional definen el concepto *“ingresos”*. No obstante, como uno de los objetivos de la información contable es fundamentar la determinación de las cargas tributarias, se acudirá a la definición contenida en el artículo 38 del Decreto 2649 de 1993³⁰, cuyo texto dice:

“Los ingresos representan flujos de entrada de recursos, en forma de incrementos del activo o disminuciones del pasivo o una combinación de ambos, que generan incrementos en el patrimonio, devengados por la venta de bienes, por la prestación de servicios o por la ejecución de otras actividades, realizadas durante un período, que no provienen de los aportes de capital”.

Los ingresos, como elemento de los estados financieros, 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. En otras palabras, es la utilidad o beneficio percibido de la venta de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de otras actividades.

³⁰ “Por el cual se reglamenta la Contabilidad en General y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia”

En consecuencia, tratándose del impuesto de industria y comercio para su cuantificación debe tenerse en cuenta el total de los ingresos, entendidos como los beneficios o utilidades obtenidos por el contribuyente, de la realización de las actividades gravadas, durante el bimestre correspondiente, datos que pueden tomarse de la contabilidad y de los respectivos soportes contables.

3.18.- Como quedó dicho, la actividad bursátil es reglada, asimismo los estados financieros y demás información de carácter contable de quienes intervienen en el mercado de valores; entre éstos, las sociedades comisionistas de bolsa están sujetas al Plan Único de Cuentas – PUC, conforme a lo dispuesto en la Resolución 497 de 2003 de la Superintendencia de Valores, el cual está integrado por el catálogo de cuentas y por la descripción y dinámica de las mismas.

Para la identificación de las cuentas, este PUC está estructurado de la siguiente manera: Clase: el primer dígito. Grupo: los dos primeros dígitos. Cuenta: los cuatro primeros dígitos y Subcuenta: los seis primeros dígitos.

Los ingresos se contabilizan en las cuentas de la **Clase 4**, en las que se contabilizan los beneficios operativos y financieros percibidos en el giro normal de la actividad.

3.19.- Tratándose de la cuenta **4113**, conforme al PUC, es una cuenta de la Clase 4 correspondiente a **Ingresos**³¹ [4.], del Grupo operacionales³² [41.], denominada *“Utilidad en venta de inversiones – cuenta propia y recursos propios”*. En ésta cuenta se registran, entre otros, *“la variación por aumento o por disminución del valor de*

³¹ “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”.

³² “Comprende los valores recibidos y/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.

En este grupo de cuentas, 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, de conformidad con los parámetros, criterios y procedimientos establecidos por la Superintendencia de Valores, en el título séptimo de la parte primera de la resolución 1200 de 1995 y las demás disposiciones e instrucciones que para el efecto imparta esta Superintendencia.

En este grupo se registra, así mismo, la utilidad obtenida por las sociedades comisionistas de bolsa de valores y las sociedades comisionistas miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios y agroindustriales en la venta de inversiones adquiridas por cuenta propia, así como la utilidad o pérdida obtenida por los fondos mutuos de inversión y fondos de garantía en la venta de inversiones con recursos propios. La utilidad antes mencionada deriva de comparar el precio de venta o redención con el último valor registrado en cada caso.”

*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**”.*

Según el PUC, la dinámica de esta cuenta³³ es la siguiente:

Créditos	Débitos
a. Por el valor de los ingresos causados o recibidos en cada actividad	a. Por el valor de las devoluciones y anulaciones.
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	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.
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.	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.

³³ Esta dinámica también se aplica para las cuentas 4105, 4110, 4112, 4115, 4116, 4125, 4129, 4140, 4145 y 4150.

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.	d. Por la cancelación de saldos crédito al cierre del ejercicio.
---	--

3.20.- De la información anterior se tiene 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.

En consecuencia, si al finalizar el período gravable, el movimiento de la cuenta 4113, por las transacciones realizadas por cuenta propia en el bimestre, 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, el cual, se repite, 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, si, por el contrario, en la fecha en que finaliza el período gravable, 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. No basta la realización de la actividad gravada sino que del resultado de las operaciones en el periodo se genere un ingreso.

Lo anterior, sin perjuicio de los ingresos que haya podido obtener la contribuyente por otros conceptos que, depurados, integrarían la base gravable.

3.21.- Tomar los movimientos créditos contabilizados en la cuenta 4113 durante el bimestre correspondiente, como lo propone el Distrito Capital, 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.

3.22.- De lo expuesto, la Sala concluye que las sociedades comisionistas de bolsa no han sido definidas o reconocidas por el legislador como instituciones financieras.

Así las cosas, conforme con el párrafo del artículo 45 del Decreto 352 de 2002, para el 2006, tales sociedades deben determinar el impuesto de industria y comercio sobre la base gravable general establecida en el artículo 42 del mismo Decreto, esto es, liquidar el gravamen sobre los ingresos netos obtenidos en el período correspondiente.

Pero, para determinar la base gravable del tributo, debe tenerse en cuenta que hacen parte de la totalidad de los ingresos del bimestre correspondiente, **el saldo crédito** de la cuenta 4113 del PUC financiero, 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 período.

Por tal razón, el recurso de apelación interpuesto por el Distrito Capital no está llamado a prosperar, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia en este aspecto.

4. De la naturaleza jurídica de la actividad de inversión en sociedades y la tarifa aplicable a los dividendos

4.1.- En el concepto 1184 de 2008, citado por la sociedad demandante como fundamento de su posición, se afirma que la actividad de inversión en valores, como lo es la inversión en acciones de una sociedad, reviste una doble naturaleza: como comercial o de servicios, según el matiz que adquiera el negocio jurídico financiero.

Para el efecto, se dice que es comercial “cuando el mayor valor es producto de actividades de compra y venta de valores” y, es de servicios “cuando se entrega un dinero para adquirir un valor con la expectativa de recibir una remuneración representada generalmente por intereses o dividendos. En este último caso se presta el servicio de soporte financiero a una entidad que recibe una inversión a cambio de lo cual retribuye con dividendos o intereses”.

4.2.- Como puede verse, el elemento diferenciador para efectos de calificar la actividad como comercial o de servicios, según lo afirma la Administración Distrital en su doctrina oficial, es si la inversión se hace para un tercero –caso en el que los ingresos percibidos por el comisionista se denominan **comisión**- o si se hace por cuenta propia –caso en el que hablamos de ingresos por **dividendos**-.

Y esa distinción tiene razón de ser en lo dispuesto en el artículo 20 del Código de Comercio, que califica como mercantil la inversión en acciones de sociedades, y en las definiciones de actividad comercial y de servicios hechas en los artículos 34 y 35 del Decreto Distrital 352 de 2002, que disponen, en su orden, lo siguiente:

“Artículo 34. Actividad comercial.

Es actividad comercial, la destinada al expendio, compraventa o distribución de bienes y mercancías, tanto al por mayor como al por menor y las demás actividades definidas como tales por el Código de Comercio, siempre y cuando no estén consideradas por la ley como actividades industriales o de servicios.

Artículo 35. Actividad de servicio.

Es actividad de servicio, toda tarea, labor o trabajo ejecutado por persona natural o jurídica o por sociedad de hecho, sin que medie relación laboral con quien lo contrata, que genere una contraprestación en dinero o en especie y que se concrete en la obligación de hacer, sin importar que en ella predomine el factor material o intelectual.”

4.3.- Si bien un comisionista de bolsa puede realizar inversiones en sociedades a favor de terceros –caso en el que presta un servicio por el que recibe una comisión-, sólo cuando dicha inversión la realiza por cuenta propia –capital propio- es que se puede hablar de percepción de dividendos, actividad eminentemente comercial.

Cosa distinta es que la inversión por cuenta propia haga o no parte del objeto societario principal del agente económico, pues en uno u otro evento, contablemente los ingresos por dividendos se registran en la cuenta 4150 –actividad financiera- del grupo 41 –ingresos operacionales-, o en la cuenta 4215 –dividendos y participaciones-, del grupo 42 –ingresos no operacionales-.

4.4.- En el caso concreto, está demostrado que Proyectar Valores recibió ingresos por dividendos en los bimestres 3 a 6 del año 2006, los que contablemente fueron registrados como **ingresos no operacionales en la cuenta de dividendos y participaciones**, tal como dan cuenta los balances de prueba, allegados con el dictamen pericial, que obran en los folios 243 a 246 del expediente.

En ese sentido, es claro que dichos ingresos por dividendos –operacionales o no operacionales- fueron percibidos por Proyectar Valores en desarrollo de una típica actividad comercial, realizada con capital propio.

Recuérdese que en la cuenta “*dividendos y participaciones*” se “*registra el valor de los ingresos por concepto de dividendos y/o participaciones recibidas o causadas a favor del ente económico, en desarrollo de actividades de inversión de capital diferentes a las de su objeto social principal*”³⁴.

4.5.- En ese orden de ideas, le asiste razón la Administración Distrital al calificar la actividad generadora de dividendos realizada por Proyectar Valores como comercial y, en consecuencia, aplicarle la tarifa establecida para este tipo de actividad, esto es, 11.04 por mil, ya que la misma no fue desarrollada con el fin de prestar el servicio de soporte financiero, sino de obtener unas ganancias propias mediante la compra y venta de las acciones.

Tal conclusión, además, no coincide con lo expresado en el concepto 1184 de 2008. Para que la actividad de inversión en sociedades pueda calificarse como de servicios, es necesario que se realice por venta y a favor de un tercero, llámese la contraprestación, comisión, honorarios o dividendos. Y eso es lo que se infiere del citado precepto.

Por tal razón, no está llamado a prosperar el cargo.

³⁴ Decreto 2650 de 1993 –Plan Único de Cuentas-.

5. De la sanción por inexactitud

5.1.- Conforme con el artículo 64 del Decreto Distrital 807 de 1993, modificado por el artículo 36 del Decreto 362 de 2002, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 647 del Estatuto Tributario, constituye inexactitud sancionable (i) la omisión de ingresos, la inclusión de costos, las deducciones o descuentos inexistentes y, (ii) en general, la utilización en la declaración de renta de datos o factores equivocados, incompletos o desfigurados; siempre que se derive un menor impuesto o saldo a pagar o un mayor saldo a favor.

Sin embargo, no se configura inexactitud sancionable cuando el menor valor a pagar que resulte en las declaraciones tributarias se derive de errores de apreciación o de diferencias de criterio entre las oficinas de impuestos y el declarante, relativos a la interpretación del derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras denunciados sean completos y verdaderos.

5.2.- Al respecto, la Sección ha manifestado que *“existe una diferencia de criterio entre la autoridad tributaria y el contribuyente, cuando la discrepancia se basa en una argumentación sólida que, aunque equivocada, permita concluir que su interpretación en cuanto al derecho aplicable llevó al convencimiento que su actuación estaba amparada legalmente, pero no ocurre lo mismo, cuando a pesar de su apariencia jurídica, no tienen fundamento objetivo y razonable”³⁵³⁶.*

5.3.- En el caso concreto es claro que la sociedad Proyectar Valores liquidó el impuesto de industria y comercio por los ingresos percibidos por dividendos, con una tarifa que no corresponde a la naturaleza de la actividad, por lo que es procedente la imposición de la sanción por inexactitud.

Para la Sala, los argumentos en los que se fundamenta la demandante para calificar la actividad de inversión en sociedades como actividad de servicio, distan de la doctrina oficial del Distrito, como se explicó, y de lo dispuesto en el artículo 20 del Código de Comercio, que califica como mercantil la inversión en acciones de sociedades, y de las definiciones de actividad comercial y de servicios hechas en los artículos 34 y 35 del Decreto Distrital 352 de 2002.

³⁵ Sentencia de 27 de octubre de 2005, expediente 25000-23-27-000-2003-00009-01(14725), M.P. Ligia López Díaz.

³⁶ Sentencia del 12 de marzo de 2009, radicado No. 16575, C. P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

Así las cosas, la diferencia de criterios que se alega, carece de fundamento y de la solidez y seriedad en la argumentación que demanda esta excepción, por lo que no es procedente levantar la sanción.

6. De la liquidación del Tribunal

Para la sociedad Proyectar Valores, el Tribunal incurrió en una serie de errores en la liquidación efectuada en la sentencia, que comportan un mayor valor de la sanción por inexactitud.

6.1.- Liquidación cuarto bimestre: julio – agosto 2006

6.1.1.- Manifiesta la sociedad demandante que el Tribunal en la liquidación del ICA por dicho bimestre no disminuyó de los ingresos correspondientes a *“actividades de comisionistas y corredores de valores”*, el monto incluido en el renglón 17 *“otras deducciones, exenciones y actividades no sujetas”*, por lo que liquidó el impuesto sobre una base de \$1.771.447.000, cuando realmente es de \$1.176.827.000.

En el folio 341 del expediente se observa que el Tribunal liquidó el ICA sobre un total de ingresos netos gravables de \$1.187.552.000, cifra que corresponde a la declarada por la misma sociedad en la liquidación privada (fl. 24), la que resulta de restarle a los ingresos ordinarios y extraordinarios del período, precisamente, la suma de \$594.620.000, correspondiente al renglón 17 *“otras deducciones, exenciones y actividades no sujetas”*.

Dicha circunstancia, permite concluir que el *a-quo* no incurrió en el error que se alega, más cuando ni siquiera en el proceso fue discutido el monto de la base gravable de este período.

6.1.2.- De otro lado, Proyectar Valores alega que el Tribunal, para determinar la sanción por inexactitud, tomó el monto incluido en el renglón 22 –total impuesto a cargo- y restó el renglón 25 –total impuesto liquidado-, lo que generó un incremento injustificado en la base para liquidar la sanción.

En este aspecto la demandante tiene razón, ya que el tratamiento correcto, de acuerdo con el artículo 64 del Decreto 807 de 1993, es tomar el total del impuesto

liquidado por el Tribunal (renglón 22) y restarle el valor del renglón 22 de la declaración privada –total impuesto a cargo-.

Por tal razón, se modificará la liquidación de la sanción de dicho bimestre, de la siguiente manera:

Concepto	Valor
Total impuesto liquidado por el Tribunal (renglón 22)	\$17.230.000
Total impuesto liquidado en la declaración privada (renglón 22)	\$11.472.000
Mayor valor a pagar:	\$5.758.000
Sanción por inexactitud (160%):	\$9.213.000

6.2.- Liquidación quinto bimestre: septiembre – octubre 2006

6.2.1.- En cuanto a la liquidación del quinto bimestre de 2006, la sociedad demandante manifiesta que en el renglón 22 –total impuesto a cargo- se incluyeron valores inferiores a los que realmente corresponden, pues el Tribunal registró la suma de \$4.841.000 cuando el valor determinado fue de \$13.300.000, lo que modifica el monto a pagar de la declaración.

Igualmente, Proyectar Valores alega que el Tribunal, para determinar la sanción por inexactitud para ese bimestre, tomó el monto incluido en el renglón 22 –total impuesto a cargo- y restó el renglón 25 –total impuesto liquidado-, lo que generó un incremento injustificado en la base para liquidar la sanción.

6.2.2.- La Sección observa que, efectivamente, en el recuadro “*QUINTO BIMESTRE: SEPTIEMBRE-OCTUBRE DE 2006*” (fl. 341) el *a-quo* incurrió en un error de digitación, ya que en el renglón 22 de la liquidación judicial –total impuesto a cargo- registró el valor de \$4.841.000, mientras que en el recuadro “*CUANTIFICACIÓN DEL IMPUESTO A CARGO*” (fl. 342), el impuesto a cargo de la sociedad contribuyente fue cuantificado en la suma de \$13.300.000, error que incide en el resultado consignado en el renglón 26 –total saldo a cargo- (fl. 342).

Respecto a la liquidación de la sanción, la demandante también tiene razón, ya que el tratamiento correcto, de acuerdo con el artículo 64 del Decreto 807 de 1993, es

tomar el total del impuesto liquidado por el Tribunal (renglón 22) y restarle el valor del renglón 22 de la declaración privada –total impuesto a cargo-.

Por tal razón, se procederá a modificar la liquidación del Tribunal, de la siguiente manera:

LIQUIDACIÓN SANCIÓN	
Concepto	Valor
Total impuesto liquidado por el Tribunal (renglón 22)	\$13.300.000
Total impuesto liquidado en la declaración privada (renglón 22)	\$13.263.000
Mayor valor a pagar:	\$37.000
Sanción por inexactitud (160%):	\$59.000

LIQUIDACIÓN IMPUESTO A CARGO- QUINTO BIMESTRE 2006				
Renglón	Concepto	Liquidación Privada	Liquidación Distrito	Liquidación judicial
13	Total ingresos ordinarios y extraordinarios del período	1.372.939.000	1.870.290.000	1.372.939.000
14	Menos: Total ingresos obtenidos fuera de Bogotá	0	0	0
15	Total ingresos brutos obtenidos en Bogotá	1.372.939.000	1.870.290.000	1.372.939.000
16	Menos: Devoluciones, rebajas y descuentos	0	0	0
17	Menos: otras deducciones, exenciones y actividades no sujetas	0	0	0
18	Ingresos netos gravables	1.372.939.000	1.870.290.000	1.372.939.000
19	Total impuesto de industria y comercio	13.263.000	18.104.000	13.300.000
20	Más: Impuesto de avisos y tableros	0	0	0
21	Más: Valor total unidades comerciales adicionales	0	0	0
22	Total impuesto a cargo	13.263.000	18.104.000	13.300.000
23	Menos: Valor que le retuvieron a título de ICA	196.000	196.000	196.000

24	Total impuesto liquidado	13.067.000	17.908.000	13.104.000
25	Más: sanciones	0	7.746.000	59.000
26	Total saldo a cargo	13.067.000	25.654.000	13.163.000

6.3.- Liquidación sexto bimestre: noviembre – diciembre de 2006

6.3.1.- Se manifiesta en el recurso de apelación que el Tribunal en la liquidación del ICA por el sexto bimestre de 2006 incurrió en varios errores de transcripción que hicieron que la base para calcular la sanción por inexactitud fuera más alta, a saber:

- a) En el renglón 22 –total impuesto a cargo- del cuadro que corresponde a la transcripción de la liquidación privada, se incluyó el valor que fue declarado en el quinto bimestre (\$13.263.000) y no el que corresponde al período en discusión (\$26.341.000).
- b) En el renglón 23 –valor que le retuvieron a título de ICA de la declaración privada y de la liquidación hecha por el Tribunal, se registró un valor de \$196.0000, cuando el valor de las retenciones fue de \$133.000.

Igualmente, se expone que el Tribunal, para determinar la sanción por inexactitud, tomó el monto incluido en el renglón 22 –total impuesto a cargo- y restó el renglón 25 –total impuesto liquidado-, lo que generó un incremento injustificado en la base para liquidar la sanción.

6.3.2.- La Sección, al realizar una comparación de los datos registrados en la liquidación privada (fl. 22) con la información consignada en la liquidación del Tribunal (fl. 342), observa que, efectivamente, el *a-quo*, incurrió en errores de digitación que inciden en la liquidación del impuesto a cargo de Proyectar Valores por el sexto bimestre del año 2006 y, por ende, en el cálculo de la sanción por inexactitud.

Por tal razón, se procederá a realizar una nueva liquidación por dicho período gravable, así:

LIQUIDACIÓN IMPUESTO A CARGO- SEXTO BIMESTRE 2006				
Renglón	Concepto	Liquidación Privada	Liquidación Distrito	Liquidación judicial
13	Total ingresos ordinarios y extraordinarios del período	2.726.764.000	3.787.714.000	2.726.764.000
14	Menos: Total ingresos obtenidos fuera de Bogotá	0	0	0
15	Total ingresos brutos obtenidos en Bogotá	2.726.764.000	3.787.714.000	2.726.764.000
16	Menos: Devoluciones, rebajas y descuentos	0	0	0
17	Menos: otras deducciones, exenciones y actividades no sujetas	0	0	0
18	Ingresos netos gravables	2.726.764.000	3.787.714.000	2.726.764.000
19	Total impuesto de industria y comercio	26.341.000	36.620.000	26.371.000
20	Más: Impuesto de avisos y tableros	0	0	0
21	Más: Valor total unidades comerciales adicionales	0	0	0
22	Total impuesto a cargo	26.341.000	36.620.000	26.371.000³⁷
23	Menos: Valor que le retuvieron a título de ICA	133.000	196.000	133.000
24	Total impuesto liquidado	26.208.000	36.424.000	26.238.000
25	Más: sanciones	0	37.371.000	48.000
26	Total saldo a cargo	26.208.000	73.795.000	26.286.000

LIQUIDACIÓN SANCIÓN	
Concepto	Valor
Total impuesto liquidado por el Tribunal (renglón 22)	\$26.371.000
Total impuesto liquidado en la declaración privada (renglón 22)	\$26.341.000
Mayor valor a pagar:	\$30.000
Sanción por inexactitud (160%):	\$48.000

³⁷ Suma determinada por el Tribunal (fl. 342) y que no fue objeto de discusión en el recurso de apelación.

7. Conclusiones

La Sección confirmará la sentencia apelada, en lo que tiene que ver con la nulidad parcial del acto administrativo demandado, en vista de que:

- a) No le asiste fundamento al Distrito para objetar las declaraciones privadas, ya que hace parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio en el caso concreto, **el saldo crédito** de la cuenta 4113 del PUC financiero, 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 período.
- b) Le asiste razón la Administración Distrital al calificar la actividad generadora de dividendos realizada por Proyectar Valores como comercial y, en consecuencia, aplicarle la tarifa establecida para este tipo de actividad, esto es, 11.04 por mil, ya que la misma no fue desarrollada con el fin de prestar el servicio de soporte financiero, si no de obtener unas ganancias propias mediante la compra y venta de las acciones.
- c) Proyectar Valores liquidó el impuesto de industria y comercio por los ingresos percibidos por dividendos, con una tarifa que no corresponde a la naturaleza de la actividad, por lo que es procedente la imposición de la sanción por inexactitud.

No obstante, será modificado parcialmente el restablecimiento del derecho decretado por el Tribunal, dadas las circunstancias que incidieron en la liquidación del impuesto a cargo de la sociedad contribuyente y de la sanción por inexactitud, que se pusieron de presente en párrafos anteriores.

En ese orden de ideas, se modificará la liquidación de la sanción por inexactitud del cuarto bimestre de 2006 y la liquidación del impuesto a cargo y de la sanción por inexactitud correspondiente a los bimestres 5 y 6 del mismo año.

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

FALLA

1.- Por lo expuesto en la presente providencia, se **CONFIRMA** la sentencia del 25 de noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta, Subsección B-, en cuanto declaró la nulidad parcial de la liquidación oficial de revisión No. 535DDI 119395 del 1º de julio de 2009.

2.- Se **MODIFICA** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada. En consecuencia, se declara que, a título de restablecimiento del derecho, la sociedad Proyectar Valores S.A. está obligada a pagarle al Distrito Capital de Bogotá, conforme a las liquidaciones judiciales efectuadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, las siguientes sumas:

Bimestre de 2006	Impuesto de industria y comercio	Sanción por inexactitud
Tercero	\$10.154.000	\$19.000
Cuarto	\$17.167.000	\$9.213.000
Quinto	\$13.104.000	\$59.000
Sexto	\$26.238.000	\$48.000
Total:	\$66.663.000	\$9.339.000

3.- Se **RECONOCE** personería para actuar a la abogada Gloria Marcela Cortés Jaramillo, como apoderada de la Distrito Capital de Bogotá, en los términos del poder que obra en el folio 403 del expediente.

4.- **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Salvo el voto parcialmente

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre