

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA

Bogotá, D.C., Veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación: 250002327000201000157 01

Número interno 19092

Demandante: Ultrabursátiles S.A. Comisionista de Bolsa

Demandado: Bogotá D. C. - Secretaría de Hacienda Distrital

Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho

Impuesto de industria y comercio

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por Bogotá D.C. – Secretaría de Hacienda Distrital, contra la sentencia del 18 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que decidió:

PRIMERO. DECLÁRASE LA NULIDAD de la Resolución No. 1135-DDI-286582 del 29 de diciembre de 2008, expedida por la Oficina de Liquidación de la Subdirección de Impuesto a la Producción y al Consumo de la Secretaría Distrital de Hacienda – Dirección Distrital de Impuestos, por la cual se profirió la Liquidación Oficial del Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros de los Bimestres 2º a 6º del año gravable 2006 a la sociedad ULTRABURSATILES S.A COMISIONISTA DE BOLSA; y de la Resolución No. DDI -001290 del 26 de enero de 2010 proferida por la Oficina de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídico Tributaria de la Dirección Distrital del Impuestos, que confirmó la resolución.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, DECLÁRASE la firmeza de las declaraciones del impuesto de industria y comercio correspondientes a los bimestres 2º al 6º del año gravable 2006 presentadas por el contribuyentes ULTRABURSATILES S.A COMISIONISTA DE BOLSA.

➤ ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

➤ El 10 de septiembre de 2008, la Secretaría de Hacienda Distrital, mediante el Requerimiento Especial 2008EE326210, propuso modificar las declaraciones del impuesto de industria y comercio presentadas por la demandante por los periodos 2 al 6 de 2006, a efectos de adicionar ingresos y, como consecuencia, determinar un mayor impuesto a cargo e imponer la sanción por inexactitud.

➤ El 29 de diciembre de 2008, la Secretaría de Hacienda Distrital, mediante la Resolución 1135DDI286582, profirió liquidación oficial de revisión para modificar las declaraciones referidas en los términos propuestos en el requerimiento especial.

➤ El 26 de enero 2010, la Secretaría de Hacienda Distrital, mediante la Resolución 001290, confirmó la liquidación oficial de revisión.

➤ ANTECEDENTES PROCESALES

➤ LA DEMANDA

Ultrabursátiles S.A. Comisionista de Bolsa¹, formuló las siguientes pretensiones:

2.1. De la manera más respetuosa solicito al Honorable Tribunal que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

I. RESOLUCIÓN 1135DDI286582 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 2008 DE LA OFICINA DE LIQUIDACIÓN DE LA SUBDIRECCIÓN DE LA IMPUESTOS A LA PRODUCCIÓN Y AL CONSUMO, POR LA CUAL SE PROFIRIÓ UNA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN A LAS DECLARACIONES DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO, AVISOS Y TABLEROS PRESENTADAS POR EL CONTRIBUYENTE ULTRABURSÁTILES S.A. NIT 800.120.184-4 POR LOS BIMESTRES SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, QUINTO Y SEXTO DEL AÑO GRAVABLE 2006.

II. RESOLUCIÓN No D.D.I.001290 DEL 26 DE ENERO DE 2010 DE LA OFICINA DE RECURSOS TRIBUTARIOS DE LA SUBDIRECCIÓN JURÍDICA TRIBUTARIA DE LA DIRECCIÓN DISTRITAL DE IMPUESTOS, MEDIANTE LA CUAL SE RESOLVIÓ EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO CONTRA EL ACTO ADMINISTRATIVO ARRIBA MENCIONADO.

2.2. Restablecimiento del derecho: A título de restablecimiento del derecho de la manera más respetuosa se solicita se libere a ULTRABURSÁTILES de la obligación de pagar las sumas liquidadas en los actos administrativos demandados.

➤ Normas violadas.

La demandante invocó como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: artículo 83.
- Decreto 01 de 1984: artículo 84.
- Decreto 352 de 2002: artículo 42
- Decreto 807 de 1993: artículo 101.
- Decreto 2649 de 1993: artículos 16, 17 y 21.
- Decreto 2650 de 1993: artículo 6.
- Estatuto Tributario Nacional: artículos 27 y 395.
- Resolución 400 de 1995, expedida por Superintendencia de Valores.
- Resolución 1200 de 1995 expedida por Superintendencia de Valores.
- Resolución 497 de 2003 expedida por Superintendencia de Valores.

➤ El concepto de la violación.

Para desarrollar el concepto de la violación la demandante expuso:

a. **Violación, por aplicación indebida, del artículo 42 del Decreto 352 de 2002.**

Dijo que los actos administrativos demandados violaron el artículo 42 del Decreto 352 de 2002 al tomar como base gravable del impuesto de industria y comercio únicamente los registros crédito de la cuenta 4113.

Señaló que los ingresos obtenidos por la demandante durante los bimestres 2 al 6 del año 2006 por concepto de inversiones en posición propia ascendieron a \$9.217.696.392, mientras que para el

¹ En adelante Ultrabursátiles.



Distrito fueron de \$38.609.524.149. Que la diferencia obedecía a que la entidad demandada tomó información parcial de los estados financieros y a que no entendió la actividad económica que desarrolla Ultrabursátiles.

Explicó que para el Distrito Capital, los ingresos de las comisionistas de bolsa por inversiones en posición propia corresponden a la totalidad de los registros créditos de la cuenta 4113, de conformidad con el artículo 42 de Decreto 352 de 2002, según el cual, el impuesto de industria y comercio grava la totalidad de los ingresos del contribuyente. Que así mismo, los registros débito de la cuenta 4113 constituyen pérdidas que, según las normas del tributo, no pueden ser deducidas.

Que la actividad de inversión en posición propia está autorizada por la Resolución 400 de 1995 y que consiste en invertir en el mercado de valores recursos propios de la comisionista, operación que consiste en que la comisionista compra en el mercado público los papeles que la ley le permite y luego los vende para obtener un ingreso por esa actividad, que corresponde a la diferencia positiva entre el precio de compra y el precio de venta.

Señaló que para determinar el valor del ingreso por la actividad de inversión en posición propia era necesario tener en cuenta que al momento de hacer la inversión esta quedaba registrada en el activo.

Que a partir del momento en que se registraba la inversión en el activo, la comisionista debe aplicarle diariamente la valoración a precios de mercado y que la valoración se registra como un mayor valor del activo y su contrapartida es un ingreso en el estado de resultado –cuenta 4112.

Que como este procedimiento se aplica diariamente, la valoración diaria se compara con el valor de la inversión del día anterior, que incluye el costo de adquisición más las valorizaciones obtenidas hasta ese día y que, por tanto, cuando se vende la inversión, la utilidad por esa venta –diferencia entre el precio de venta y el valor del día anterior– se registra en la cuenta 4113.

Agregó que, sin embargo, podría suceder que el precio real de la inversión fuera inferior al valor registrado en la contabilidad en el día anterior. Que para el Distrito, en esos casos se originaba una pérdida que no es deducible para efectos del impuesto de industria y comercio.

Que, contrario a lo que sostuvo la entidad demandada, en esos casos no había una pérdida ya que el ingreso real de la comisionista estaba constituido por la diferencia entre el precio de compra de la inversión y el precio de venta.

Agregó que, en todo caso, era posible que la comisionista vendiera por debajo del valor de la inversión valorizada hasta el día anterior, pero por encima del costo de adquisición.

Que por tanto, para establecer el valor real del ingreso en ese tipo de operaciones era necesario precisar que en la cuenta 4112 se registran las valorizaciones –créditos– y el de las desvalorizaciones –débitos– de las inversiones.

Que, por su parte, en la cuenta 4113 se registra el valor de las utilidades resultantes de la venta de las inversiones, de tal manera que cuando se vendía por encima del valor del día anterior, el mayor valor se registraba como un crédito en esa cuenta y que cuando se vendía por debajo del valor contable del día anterior ese menor valor se registraba como un débito.

Alegó que el hecho de que en la cuenta 4113 se registran débitos no significa que constituyan pérdidas. Que estos débitos muestran que la inversión se vendió por debajo del valor que traía en la contabilidad –precio de compra más valorizaciones–, aun cuando era posible que la inversión generara un ingreso si se vende por encima del valor de adquisición.

Sobre este particular concluyó que la forma como el Distrito estableció la base gravable del impuesto de industria y comercio era el resultado de tomar de manera fragmentada el sistema contable ordenado para las firma comisionistas. Que así, cuando la entidad demandada cercena la



contabilidad para tomar como base gravable únicamente los créditos de la cuenta 4113, se llegaba a una cifra sin sustento.

b. Violación, por falta de aplicación, de los artículos 27 y 395 del Estatuto Tributario.

Dijo que los actos administrativos demandados carecían de sustento legal para sostener que los débitos en la cuenta 4113 son pérdidas. Que esa interpretación es contraria a la ley, específicamente al artículo 395 del E.T.

Insistió en que el Distrito Capital interpretó que el ingreso de la demandante era la suma de los registros crédito de la cuenta 4113. Que, sin embargo, el artículo 395 del E.T. establece que el valor del rendimiento del capital es la diferencia entre el valor presente y el valor futuro de la inversión.

Que lo anterior tenía sentido en la medida en que el capital puede sufrir valorizaciones y desvalorizaciones y que, por eso, el ingreso real es la diferencia entre el valor presente y el valor futuro de la inversión.

Advirtió que el sistema contable que rige a las firmas comisionistas, aplicado integralmente y entendido en su totalidad, muestra cual es el valor real de los ingresos generados por las inversiones efectuadas en posición propia.

De otra parte, sostuvo que de conformidad con el artículo 27 del E.T. los ingresos se entienden realizados en el periodo en que se hayan causado. Que aunado a lo anterior, el hecho económico del cual se genera la causación del tributo no se configura del ingreso que resulte de tomar únicamente los registros crédito sino que de estos también se deben descontar los débitos por desvalorizaciones.

c. Violación, por falta de aplicación, artículos 15 y 17 del Decreto 2649 de 1993, y 6 del Decreto 2650 de 1993

Dijo que los actos administrativos eran nulos por cuanto la interpretación del Distrito Capital, que le sirvió de fundamento, era contraria a los principios de la contabilidad consagrados en los Decretos 2649 de 1993 y 2650 de 1993.

Que en aplicación de los principios de revelación plena y de prudencia de que tratan los artículos 15 y 17 del Decreto 2649 de 1993, y de lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2650 de 1993, Ultrabursátiles debía reflejar los movimientos crédito y débito de las operaciones de ingreso, del tal manera que era necesario tomar el resultado neto del movimiento de las cuentas para reflejar la utilidad base del ingreso.

Que así, sería contrario al principio de revelación plena que, solo para efectos fiscales, se reflejara el valor crédito de las cuentas o que se desconozcan las cuentas contables que hacen parte del ingreso.

Agregó que el conjunto de créditos y débitos que se generaron en las operaciones deben ser vistos de manera integral porque hacen parte de un mismo periodo fiscal, lo que da como resultado el registro de un valor final respecto de las utilidades y pérdidas que determinan el ingreso neto generador del impuesto.

d. Violación, por falta de aplicación, de la Resolución 497 de 2003.

Dijo que el Distrito Capital incurrió en un error conceptual al señalar que Ultrabursátiles actuó discrecionalmente al registrar en el débito de las cuentas 4112 y 4113 las desvalorizaciones y los menores ingresos por venta de inversiones.

Sostuvo que, contrario a lo que señala el Distrito, la normativa contable no solo autoriza a la demandante sino que la obliga a registrar en su contabilidad los débitos de las cuentas del ingreso, efecto para el que debe aplicar la dinámica del PUC, contenido en la Resolución 497 de 2003.

Que la interpretación de la entidad demandada, cuando afirma que para el impuesto de industria y comercio solo se deben tomar los valores registrados en el crédito porque de tomarse el débito se aceptaría la imputación de pérdidas, era contraria a la dinámica contable de las comisionistas de bolsa.

e. Violación del principio de confianza legítima.

Dijo que el Distrito violó el principio de confianza legítima de que trata el artículo 83 la Constitución Política por cuanto Ultrabursátiles declaró y pagó el impuesto de industria y comercio de acuerdo con las normas aplicables y bajo la vigilancia de las autoridades de control correspondientes, mientras que la entidad demandada pretende cobrar un mayor impuesto con base en una interpretación que desconoce la realidad económica y el sistema contable para determinar los ingresos por inversiones en posición propia.

f. Violación del artículo 84 del código contencioso administrativo y del principio de congruencia.

Señaló que los actos administrativos violaban el artículo 84 del C.C.A. por estar falsamente motivados. Que así, existía incongruencia entre la liquidación oficial de revisión y la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, por cuanto en la primera se señaló que a la demandante, por ser una comisionista de bolsa, se le aplica la base gravable especial del sector financiero, mientras que en la segunda se estableció que para efectos del impuesto de industria y comercio se deben tomar como base gravable los valores registrados en el crédito de las cuentas 4113 y 413240.

g. Improcedencia de la sanción por inexactitud.

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

➤ **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El Distrito Capital de Bogotá se opuso a las pretensiones de la demanda. Dijo que la base gravable del impuesto de industria y comercio, según el artículo 154 del Decreto 1421 de 1993, está constituida por los ingresos netos.

Que para calcular los ingresos netos, del total de ingresos ordinarios y extraordinarios se restan los correspondientes a actividades exentas y no sujetas, así como los correspondientes a las devoluciones, rebajas y descuentos, exportaciones y la venta de activos fijos.

Sostuvo que para determinar la base gravable del impuesto de industria y comercio solo se pueden deducir los conceptos taxativamente previstos en la norma, dentro de los que no se encuentran las desvalorizaciones que pueda presentar una inversión.

Que, en consecuencia, no era admisible, como lo pretende la demandante, que los ingresos ordinarios y extraordinarios fueran establecidos previa deducción de las ventas de las inversiones realizadas por debajo del valor contable registrado el día anterior a la transacción, que de acuerdo con la norma contable tiene naturaleza débito.

Advirtió que según el artículo 38 del Decreto 2649 de 1993, los ingresos representan flujos de entrada de recursos, del tal manera que únicamente los movimientos crédito registrados en la cuenta 4113

representan ingreso y, por tanto, solo estos se deben tener en cuenta para determinar la base gravable del impuesto de industria y comercio, lo que excluye los registros débito en esa cuenta.

Que, en consecuencia, el Distrito no violó el artículo 42 del Decreto 352 de 2002 en la determinación de la base gravable del impuesto de industria y comercio al incluir como ingresos únicamente los registros de naturaleza crédito de la cuenta 4113, pues solo estos tenían el carácter de ingreso para la demandante.

De otra parte, sostuvo que, contrario a lo que señaló la demandante en el sentido de que el Distrito Capital tomó de manera antitécnica y sin fundamento legal solo una parte de la contabilidad, la entidad demandada atendió a la definición de base gravable del Decreto 1421 de 1993, en armonía con el concepto contable de ingreso de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2649 de 1993 y en la Resolución 497 de 2003, expedida por la Superintendencia de Valores.

Advirtió que la demandante centra su argumentación en el hecho de que cumplió la obligación de registrar en la contabilidad los débitos en las cuentas del ingreso aplicando las dinámicas del PUC contenidas en la Resolución 497 de 2003.

Que el demandante parece entender que la Resolución 497 de 2003, expedida por la Superintendencia de Valores, modificó el concepto de ingreso para las comisionistas de bolsa y permite establecerlos mediante la operación aritmética de sumar valorizaciones y restar desvalorizaciones, con lo que se crea una base gravable especial para este tipo de entidades. Que, sin embargo, este criterio no era de recibo porque desconocía el principio de legalidad tributaria ya que implicaba desconocer la base gravable establecida en el artículo 154 del Decreto 1421 de 1993.

Por último, dijo que la sanción por inexactitud era procedente porque no se configuró la diferencia de criterios alegada por la demandante.

➤ **LA SENTENCIA APELADA**

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

Dijo que de conformidad con lo establecido en la Resolución 497 de 2003, expedida por la Superintendencia de Valores, en la cuenta 4112 se registran como un crédito las valorizaciones de las inversiones y como débito las desvalorizaciones, que estas últimas no constituye una pérdida mientras no afecten el valor inicial de la inversión.

Que en la cuenta 4113 se registra la utilidad en la venta de las inversiones. Que en el crédito se registra el mayor valor de la venta respecto del día anterior mientras que en el débito, se refleja el menor valor.

En relación con el débito en la cuenta 4113, dijo que solo puede considerarse pérdida en la medida en que el valor de la inversión se vea afectado a la baja, lo que implica, no una disminución de las utilidades, sino del patrimonio.

Sostuvo que bajo ese entendido, el ingreso de las comisionistas de bolsa, cuando realizan inversiones en posición propia, se determina por la diferencia positiva entre el valor de compra de la inversión y el de venta. Que, por consiguiente, era necesario establecer el mayor valor –crédito– o el menor valor –débito– de la venta frente a la inversión.

Que para establecer la existencia de una pérdida, se debía toma el valor de la inversión menos las desvalorizaciones que la afecten y que esa diferencia debe afectar el valor real de la inversión.

Señaló que según lo establecido en los artículos 154 del Decreto 1421 de 1993 y 42 del Decreto 352 de 2002, la base gravable del impuesto de industria y comercio está constituida por los ingresos netos del contribuyente.

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

➤ **EL RECURSO DE APELACIÓN**

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

En los mismos términos de la contestación de la demanda, insistió en que la base gravable del impuesto de industria y comercio está constituida por el ingreso neto y que para determinarlo, las normas del tributo establecen de manera taxativa las partidas que le son imputables, entre las que no se encuentran las desvalorizaciones de las inversiones en posición propia de las comisionistas de bolsa.

Que el Distrito Capital no violó el artículo 42 de Decreto 352 de 2002 al establecer que la base gravable del impuesto de industria y comercio de la demandante estaba constituida únicamente por los registros crédito de la cuenta 4113.

➤ **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

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

Sostuvo que el Tribunal incurrió en un error al considerar que era posible que el ingreso neto, para efectos del impuesto de industria y comercio, podía determinarse a partir de una norma contable aplicable a las comisionistas de bolsa. Que la anterior interpretación violaba el principio de legalidad tributaria.

La parte actora reiteró lo expuesto en la demanda.

➤ **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio Público no rindió concepto.

➤ **CONSIDERACIONES DE LA SALA.**

En los términos del recurso de apelación interpuesto por el Distrito Capital de Bogotá –Secretaría de Hacienda Distrital–, la Sala decide sobre la nulidad de la Resolución 1135DDI286582 del 29 de diciembre de 2008, mediante la que la entidad demandada modificó las declaraciones del impuesto de industria y comercio presentadas por la Ultrabursátiles por los bimestres 2 al 6 de 2006, y de la Resolución 001290 del 26 de enero 2010, que la confirmó.

En concreto, la Sala debe determinar cuál es el ingreso, para efectos de determinar la base gravable del impuesto de industria y comercio en Bogotá, para las sociedades comisionistas de bolsa por el desarrollo de operaciones por cuenta propia.

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

➤ Ultrabursátiles S.A. Comisionista de Bolsa, es una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia², cuyo objeto social comprende la celebración de contratos y negocios jurídicos de comisión para la compra y venta de valores y, entre estas, la realización de operaciones sobre valores por cuenta propia³.

² Folio 36 del C.P.

³ Folio 34 del C.P.

➤ Ultrabursátiles presentó las declaraciones del impuesto de industria y comercio correspondientes a los periodos 2 al 6 del año 2006 en los siguientes términos⁴.

PERIODO	FECHA	IMPUESTO
2	17 de mayo de 2006	\$39.206.000
3	18 de julio de 2006	\$47.373.000
4	19 de septiembre de 2006	\$75.426.000
5	17 de noviembre de 2006	\$59.001.000
6	17 de enero de 2007	\$87.207000
		\$308.213.000

➤ El 10 de septiembre de 2008, la Secretaría de Hacienda Distrital, mediante el Requerimiento Especial 2008EE326210, propuso modificar las declaraciones del impuesto de industria y comercio presentadas por la demandante por los periodos 2 al 6 de, a efectos de adicionar ingresos y, como consecuencia, determinar un mayor impuesto a cargo e imponer la sanción por inexactitud, en los siguientes términos⁵:

PERIODO	IMPUESTO A CARGO	SANCIÓN	TOTAL
2	\$162.597.000	\$197.426.000	\$360.023.000
3	\$145.841.000	\$157.549.000	\$303.390.000
4	\$143.925.000	\$109.598.000	\$253.523.000
5	\$73.502.000	\$ 23.202.000	\$96.704.000
6	\$112.676.000	\$40.750.000	\$153.426.000
			\$1.167.066.000

➤ El 29 de diciembre de 2008, la Secretaría de Hacienda Distrital, mediante la Resolución 1135DDI286582, profirió liquidación oficial de revisión para modificar las declaraciones antes referidas, en los términos propuestos en el requerimiento especial⁶.

➤ El 26 de enero 2010, previa interposición del recurso de reconsideración⁷, la Secretaría de Hacienda Distrital, mediante la Resolución 001290, confirmó la liquidación oficial de revisión⁸.

La Sala parte por señalar que reiterará el criterio acogido en la sentencia del 24 de octubre de 2013⁹, en la que se resolvió un asunto análogo al que convoca la presente controversia, según el cual, para efectos de determinar la base gravable del impuesto de industria y comercio de las sociedades comisionistas de bolsa por la realización de operaciones en posición propia, el ingreso está constituido por el saldo crédito de la cuenta 4113.

⁴ Folios 17, 19, 21, 23 y 25 del C.A.A 1.

⁵ Folios 370 al 379 del C.A.A. 2

⁶ Folios 51 al 60 del C.P.

⁷ Folios 397 al 417 del C.A.A. 2

⁸ Folios 61 al 66 del C.P.

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA. C.P.: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. 24 de octubre de 2013 Radicación: 2500023-. 27000201000138 01(19210). Actor: STANFORD S. A. COMISIONISTA DE BOLSA. Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ, SECRETARIA DE HACIENDA, DIRECCIÓN DISTRITAL DE IMPUESTOS. Reiterada en sentencia del 12 de diciembre de 2014. M.P.: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Radicación: 25000-23-27-000-2009-00242-01 (19346) Demandante: PROYECTAR VALORES S.A. Demandado: DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ

El artículo 42 del Decreto 352 de 2002¹⁰ establece que el impuesto de industria y comercio correspondiente a cada bimestre –periodo del impuesto en Bogotá D.C.–, se liquida sobre los ingresos netos del contribuyente obtenidos durante el periodo y que para determinarlos, se resta de la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios, los correspondientes a actividades exentas y no sujetas, así como las devoluciones, rebajas y descuentos, las exportaciones y la venta de activos fijos.

Los ingresos, de conformidad con el artículo 38 del Decreto 2649 de 1993¹¹, y según se advierte en la providencia reiterada, son aquellas entradas de recursos que aumentan el activo o disminuyen el pasivo o una combinación de los dos, pero que, en todo caso, incrementan el patrimonio.

La actividad de inversión en posición propia fue autorizada a las sociedades comisionistas de bolsa por la Superintendencia de Valores¹² mediante la **Resolución 400 de 1995** «Por la cual se actualizan y unifican las normas expedidas por la Sala General de la Superintendencia de Valores y se integran por vía de referencia otras».

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ *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.*

¹¹ *Por el cual se reglamenta la Contabilidad en General y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia*

¹² *Mediante el Decreto 4327 de 2005 se fusionó la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores, de esta fusión surgió la Superintendencia Financiera de Colombia.*

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

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

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

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

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

Créditos	Débitos
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.

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.
---	--

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

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

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

Que, tomar solamente los movimientos créditos contabilizados en la cuenta 4113 durante el bimestre correspondiente sería desconocer los principios de equidad y justicia tributaria, puesto que si en las transacciones realizadas por cuenta propia el contribuyente no obtiene ganancia o beneficio sino pérdida, contablemente se llevaría al débito, por lo que el saldo de las operaciones registradas en el periodo es el que indica si obtuvo o no ingreso por dicha actividad comercial en el bimestre por el que debe tributar.

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

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

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

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

Por esa razón, la Sala confirmará la sentencia apelada.

F A L L A

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 18 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el contencioso de nulidad iniciado por Ultrabursátiles S.A. contra Bogotá, D.C. Secretaría de Hacienda Distrital.

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

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA Presidente de la Sección	HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ	JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ