CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 25000-23-27-000-2012-00608-01 (20407)
Demandante: HELM BANK S.A.
Demandado: SECRETARÍA DE HACIENDA-DISTRITO CAPITAL

Temas: Base gravable del impuesto de industria y comercio para entidades financieras. Carga probatoria.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sección a decidir el recurso de apelación interpuesto por HELM BANK S.A., contra la sentencia de 21 de febrero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección B, que dispuso:

> "***PRIMERO: ANÚLANSE*** *parcialmente la Liquidación Oficial de Revisión No. 275DDI005854 de 29 de febrero de 2012 proferida por la Dirección Distrital de Impuestos, Secretaría de Hacienda de Bogotá D.C., mediante la cual adicionó un mayor impuesto e impuso sanción de inexactitud al HELM BANK S.A., con relación a la declaración privada del Impuesto de Industria y Comercio por los bimestres 3º, 4º, 5º y 6º de 2009; de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO:*** *En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho DECLÁRESE que la sociedad accionante está obligada por concepto de ICA por los bimestres 3º, 4º, 5º y 6º de 2009 a la suma establecida en la liquidación realizada por el tribunal.*

..."

ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. Los días 31 de julio, 30 de septiembre, 30 de noviembre de 2009 y 29 de enero de 2010 HELM BANK S.A., declaró y pagó el impuesto de Industria y Comercio correspondiente a los bimestres 3 a 6 del año gravable 2009, causado en el Distrito Capital.

1.2. Previo emplazamiento para corregir, el Distrito expidió el Requerimiento Especial No. 2011EE269796 de 30 de agosto de 2011, en el que propuso un mayor impuesto a cargo y la imposición de sanción por inexactitud, con fundamento en la presunta omisión en la declaración de ingresos correspondientes a los rendimientos originados en la sección de ahorros.

1.3. El banco respondió el requerimiento, manifestando que no se realizaron inversiones con recursos provenientes de la sección de ahorros.

1.4. La Secretaría de Hacienda expidió la Resolución No. 275DDI005854 de 29 de febrero de 2012, por medio de la cual liquidó de manera oficial el impuesto e impuso sanción por inexactitud.

1.5. El 27 de marzo de 2012, el banco comunicó al Distrito, su decisión de abstenerse de interponer recurso de reconsideración contra la liquidación oficial de revisión, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 720 del Estatuto Tributario, en concordancia con el 104 del Decreto 807 de 1993, sobre la demanda "*per saltum".*

2. Pretensiones

Las pretensiones de la demanda son las siguientes:

> *"1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 275DDI005854 CORDIS 2012EE37389 del 29 de febrero de 2012, contentiva de la Liquidación Oficial de Revisión, expedida por la Dirección Distrital de Impuestos de Bogotá en contra de HELM BANK S.A. NIT 860.007.660-3, por concepto de impuesto de industria y comercio, avisos y tableros de los bimestres tercero, cuarto, quinto y sexto de 2009.*

2. Que como consecuencia de la declaración anterior, se restablezca en su derecho a HELM BANK S.A. NIT 860.007.660-3, declarando que el mismo no está obligado a pagar los mayores valores determinados en el acto demandado, por concepto de impuesto de industria y comercio, avisos y tableros en Bogotá y de sanción de inexactitud por los bimestres 3 (mayo – junio), 4 (julio – agosto), 5 (septiembre – octubre) y 6 (noviembre – diciembre) de 2009 y así mismo se declaren en firme las declaraciones de dicho impuesto y períodos gravables".

Invocó como disposiciones violadas los artículos 13, 29, 209, 230, 338 y 363 de la Constitución Política; 3, 35, 59 y 84 del Código Contencioso Administrativo; 64, 84, 100, 101, 104, 113 y 117 del Decreto 807 de 1993; 2, 45 y 46 del Decreto 352 de 2002; 683, 711, 712, 730, 742 y 745 del Estatuto Tributario; 48 del Código de Comercio; 125 del Decreto 2649 de 1993; 154 de la Ley 1421 de 1993 y 207 del Decreto Ley 1333 de 1986.

En el concepto de la violación expuso los cargos que se sintetizan a continuación:

1. La liquidación oficial de revisión es nula porque grava ingresos que no constituyen base gravable de ICA en Bogotá según lo previsto en el Decreto 352 de 2002

Los artículos 45 y 46 del Decreto 352 de 2002 establecen la base gravable para los bancos, y los únicos rendimientos gravados con ICA para el sector financiero son los rendimientos de inversiones de la sección de ahorros.

Los recursos provenientes de las captaciones por cuentas de ahorro fueron registrados por el banco en la cuenta 2120 Depósitos de ahorro, y se destinaron a encaje cuenta 1110 y a colocación de cartera cuenta 14.

Los recursos destinados a cartera generaron intereses registrados en las cuentas contables 4102 y 4104, que el banco gravó y declaró con ICA, y los rendimientos de las inversiones registrados en la cuenta 4125 "*Utilidad en Venta de Inversiones"* provienen de las inversiones realizadas con recursos de capital, diferentes a las captaciones de ahorros.

Lo que pretende el Distrito es que el banco tribute dos veces sobre los ingresos provenientes de la sección de ahorros, uno a título de intereses y otro sobre unos supuestos ingresos a título de rendimientos.

Si la Administración tenía dudas sobre la base gravable declarada a partir de su fiscalización y verificación en la contabilidad y ante la falta de valoración de las pruebas, en lugar de presumir unos ingresos infundados, debió aplicar el artículo 745 del Estatuto Tributario, en concordancia con el 113 del Decreto 807 de 1993.

El acto demandado vulnera el debido proceso y derecho de defensa del banco, al infringir los artículos 113 del Decreto 807 de 1993 y 742 del Estatuto Tributario, que exigen que la determinación de tributos e imposición de sanciones deben fundarse en los hechos y pruebas que constan en el proceso.

El Distrito argumenta que el banco debe llevar una metodología en los libros auxiliares no prevista en la Ley o Acuerdo Distrital, incurriendo en falsa motivación al pretender el cumplimiento de dicho requisito.

2. El acto administrativo demandado es nulo por determinar la base gravable sin motivación, y en cambio remitirse a una fórmula de presunción contenida en el requerimiento especial, pero no en la liquidación oficial de revisión

En la liquidación oficial de revisión, el Distrito no expone la forma de determinación de la base gravable liquidada, sino que da por hecho que la fórmula consignada en el requerimiento especial llena ese vacío, lo que demuestra su falta de motivación.

En el requerimiento especial se determinó un porcentaje para cada uno de los bimestres en discusión, aplicando a unas cuentas que no representan ingresos para el banco por tratarse de cuentas de orden y de valoración de inversiones, el resultado de esta operación corresponde a los supuestos rendimientos de inversiones de la sección de ahorros con lo cual se incrementó la base gravable.

El método aplicado por el Distrito para modificar las declaraciones del ICA de los bimestres en discusión, no es procedente, al utilizar una fórmula en la que es necesario realizar operaciones aritméticas, con la que pretende gravar las cuentas 4125 y 826105. Sin embargo, en la liquidación oficial de revisión sostiene que su intención no es gravar la totalidad de esas cuentas,

sino unas cuentas las que “con meridiana claridad” le permiten presumir que hubo rendimientos provenientes de la sección de ahorros.

3. Es nula la liquidación oficial de revisión, porque grava los ingresos varios, los cuales no constituyen base gravable de ICA para los bancos, según el Decreto 352 de 2002, vigente para el año 2009

El artículo 207 del Decreto 1333 de 1986 establece la base gravable especial de ICA para las entidades financieras, acogida por el Distrito en el artículo 154 del Decreto 1421 de 1993, y compilado en los artículos 45 y 46 del Decreto 352 de 2002, esta última disposición prevé que la base gravable no está compuesta por los ingresos varios.

En el acto demandado la Administración gravó con ICA algunos ingresos del banco por concepto de “Diversos” concretamente las cuentas 419595 y 429595, sin motivar su decisión, a pesar de que los ingresos varios o diversos están excluidos de la base gravable, así como los ingresos no operacionales. Violando los artículos 712 literal g) del Estatuto Tributario y 100 del Decreto 807 de 1993.

4. La liquidación oficial de revisión es nula por irregularidades en su expedición

Igualmente hay falta de motivación en la liquidación oficial de revisión en relación con la modificación de los renglones “*Deducciones, exenciones y actividades no sujetas” y “Total ingresos ordinarios y extraordinarios”*, vulnerando el derecho de defensa del banco al no permitirle conocer los mayores valores liquidados por tales conceptos, ni la forma de determinación, el porqué de la reclasificación de los renglones, ni las pruebas contables en las que se basó para liquidarlos, infringiendo los artículos 35 y 59 del Código Contencioso Administrativo.

Con esta modificación, el Distrito grava doblemente al banco por ingresos presuntos y luego no excluye ingreso alguno en el renglón de deducciones, exenciones y actividades no sujetas por este concepto, gravando ingresos excluidos del gravamen.

De otra parte el artículo 84 del Decreto 807 de 1993 establece que las inspecciones contables deberán ser realizadas por un contador público, en el

caso en estudio la inspección contable adelantada por el Distrito al banco, fue realizada por el señor Rodolfo Ernesto Corredor Gil, quien carece de la calidad de contador público y, por tanto, no tiene la facultad legal, ni la pericia para revisar, analizar e interpretar una contabilidad, por lo que la actuación es nula.

5. El Distrito no tuvo en cuenta que en sentencia del Consejo de Estado, sobre el mismo caso entre las mismas partes, por otros periodos gravables, se concluyó que desde 1990 el banco tiene una metodología para la determinación de los rendimientos

El Distrito no tuvo en cuenta que ya el Consejo de Estado se pronunció sobre la misma situación en un caso similar entre el banco y la Administración Distrital[1], pero por otros periodos gravables.

Además, las actuaciones administrativas deben adelantarse atendiendo entre otros los principios de igualdad, eficiencia, economía y celeridad, y en concordancia con ello los fallos judiciales constituyen criterio auxiliar de interpretación y sirven de antecedente para casos similares.

6. Nulidad de la sanción por inexactitud por violación al principio de legalidad de las sanciones y por configurarse diferencia de criterios en el derecho aplicable

La Administración fundamenta la sanción por inexactitud en el hecho que el banco desconoció lo dispuesto en la Circular Externa 065 de 2007, lo cual constituye nulidad de la sanción, en virtud del principio de legalidad, por cuanto esa circular no determina la base gravable del ICA para los bancos en Bogotá, por lo tanto no puede ser fundamento para la imposición de la sanción por inexactitud.

De otra parte se presenta diferencia de criterios en la interpretación del artículo 46 del Decreto 352 de 2002. El Distrito interpreta que hacen parte de la base gravable de ICA la totalidad de los rendimientos de las inversiones del banco, sin importar su fuente, en oposición al banco que dice que únicamente se gravan los rendimientos de las inversiones realizadas con recursos de la sección de ahorros.

---

[1] Sentencia de la Sección Cuarta de 8 de septiembre de 2005, Exp. 14191

3. Oposición

El Distrito de Bogotá compareció al proceso y se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en los argumentos que pasan a resumirse:

De acuerdo con el artículo 46 del Decreto 352 de 2002, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Resolución 77 de 1990 de la Junta Monetaria, las instituciones financieras pueden invertir los recursos de la sección de ahorros en títulos, en cuyo caso los rendimientos están gravados con ICA o, en su defecto, disponer que los depósitos de dicha sección se destinen a operaciones de cartera.

La contabilidad del banco debe reflejar los recursos con los que se efectuaron las inversiones obligatorias o las operaciones de cartera y crédito, así como los rendimientos provenientes de tales operaciones. De lo contrario, conforme con el artículo 117 del Decreto 807 de 1993 la Administración Distrital podrá fijar la base gravable mediante *"estimativo"* y proferir la respectiva liquidación oficial, como ocurrió en el presente asunto.

La Administración utilizó una metodología adoptada por otros bancos, cual es tomar los ingresos por los rendimientos de inversiones (cuentas 4109, 4111, 4125 y 826105, relacionadas en la Circular externa 048 de 2003 de la Superintendencia Financiera) y aplicarles el porcentaje de participación de las captaciones de ahorros (cuentas 2120 y 2127) sobre el total captado (cuenta 21).

El contribuyente tomó erróneamente como base gravable del ICA, el neto de las cuentas de ingresos después de registrar en el débito de esas cuentas la pérdida obtenida por el ejercicio de su actividad, reportando una base que no corresponde.

El artículo 42 del Decreto 352 de 2002 estableció los conceptos que no forman parte de la base gravable del ICA, y no aparecen relacionados como deducción o excepción las pérdidas del ente económico, por lo que hacen parte de dicha base gravable los rendimientos financieros y, en general, todos los que no estén expresamente excluidos del citado artículo.

Por su parte, el artículo 46 ídem estableció que los rendimientos de inversiones de la sección de ahorros hacen parte de la base gravable del ICA para los bancos y la Circular 003 de 1998 de la Superintendencia Financiera incluye como parte de dicha base las cuentas 826105, 82110, 826205, 828210, 826215, 999925, las cuentas 8263 denominada “Dividendos Decretados Inversiones Negociables Renta Variable”, 4125 “Utilidad en venta de Inversiones” y 4140 “Dividendos y participaciones”, las cuales discriminan lo correspondiente a la sección de ahorros.

Si el banco realizó inversiones voluntarias y obligatorias con dineros no provenientes de la sección de ahorros o por concepto diferente a lo regulado por el Banco de la República, le corresponde demostrar su procedencia con la contabilidad.

En el caso concreto existiendo la obligación de invertir los dineros provenientes de la sección de ahorros, los cuales generan rendimientos que conforman la base gravable de ICA, se encuentra fundamento a la glosa formulada en el requerimiento especial, desvirtuándose las afirmaciones del banco referente a que no hizo inversiones por tal concepto.

El banco incurrió en inexactitud, por cuanto no declaró los rendimientos de sus inversiones, como lo señala la ley, en la parte originada en la sección de ahorros, reduciendo aún más la base gravable establecida para el sector bancario.

En cuanto a la falta de motivación de la liquidación oficial, este cargo no debe prosperar, por cuanto de su lectura se advierte que el acto está debidamente motivado.

Respecto a lo manifestado por el banco que el artículo 117 del Decreto 807 de 1993 no le otorgó la facultad a la Administración para presumir ingresos a título de rendimientos, no es de recibo, por cuanto el contribuyente no demostró por medio de la contabilidad el monto de los ingresos brutos declarados.

Sobre la ilegalidad de la inspección contable, señala que esta no fue una inspección contable como equivocadamente lo entendió la parte actora, fue una inspección tributaria y de acuerdo con el artículo 779 del Estatuto

Tributario, no es necesaria la calidad de contador de los funcionarios que la realizaron.

Frente a la sentencia del Consejo de Estado de 8 de septiembre de 2005, entre las mismas partes, por el mismo asunto, y que fue fallado a favor del banco, manifiesta que si bien existe un fallo de esa Corporación de 2005, también existen sendos fallos posteriores que avalan la posición adoptada por el Distrito.

Finalmente, en cuanto a la sanción por inexactitud señala que no se presenta una diferencia de criterios en cuanto al derecho aplicable, pues independientemente de la forma como el banco disponga la destinación de los recursos de la sección de ahorros, su contabilidad debe permitir que se establezca el origen de los recursos con los que se efectuaron las inversiones obligatorias o las operaciones de cartera y crédito, así como los rendimientos o ingresos generados.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B, mediante sentencia del 21 de febrero de 2013, declaró la nulidad parcial de la Liquidación Oficial de Revisión No. 275DDI005854 de 29 de febrero de 2012, mediante la cual adicionó un mayor impuesto de Industria y Comercio a Helm Bank S.A., e impuso sanción por inexactitud, respecto de los bimestres 3 a 6 de 2009. Los fundamentos de la decisión se resumen así:

Respecto a la falta de motivación de los guarismos concernientes a los ingresos ordinarios operacionales y no operacionales, encuentra que si bien en la liquidación oficial no se expresó en la parte considerativa el aumento que se haría en la liquidación en esos renglones, lo cierto es que dicha modificación no es más que una consecuencia correlativa, lógica y obligatoria del aumento de los ingresos gravables derivados de la aplicación del estimativo para calcular los rendimientos de la sección de ahorros no declarados y gravados por el banco.

No obstante, observa que en las liquidaciones de cada uno de los bimestres glosados, la Administración modificó el renglón correspondiente a deducciones, exenciones y actividades no sujetas, sin que se den razones

que fundamenten la disminución del valor declarado por el contribuyente, como tampoco se identifica en el requerimiento especial, si la modificación obedece a la improcedencia de deducciones, el rechazo de una exención o la inclusión incorrecta en el denuncio privado de sumas por concepto de actividades sujetas al gravamen.

La omisión de los motivos de la modificación de las liquidaciones del impuesto, conculcó el derecho de defensa y el debido proceso, razón por la cual no procede la modificación plasmada en la resolución atacada respecto al renglón de deducciones, exenciones y actividades no sujetas, por lo que prospera parcialmente el cargo.

Sobre la tacha de la prueba de la diligencia de verificación y cruce y de la inspección tributaria sobre los libros y demás información contable obtenida en la visita practicada por el funcionario comisionado, concluye que no era necesario que quien practicara la inspección fuera Contador Público, por cuanto se facultó para realizar verificación de libros oficiales y auxiliares y levantara informe de libros, sin que se requiriera tal calidad.

En cuanto a la base gravable de ICA del sector financiero, puntualiza que la contabilidad del contribuyente, si bien se mantiene incólume, no fue suficiente ni eficiente para verificar que los rendimientos financieros obtenidos y declarados provenían de recursos propios (diferentes a los de la sección de ahorros), ni que los recursos de las captaciones se destinen a actividades no sujetas como a encaje, cartera ordinaria, etc, es por lo que era pertinente aplicar el estimativo de la base gravable conforme al artículo 117 del Decreto 807 de 1993.

Respecto al certificado del revisor fiscal presentado con la demanda, mediante el cual el banco pretende esclarecer la contabilidad respecto de los recursos de la sección de ahorros, considera que es una prueba ex post, que vulnera la lealtad procesal, de acuerdo a los artículos 742, 743 y 744 del Estatuto Tributario.

Frente al estimativo realizado por la Administración, concluye que prosperan parcialmente las tachas de la demanda por cuanto se rechaza la inclusión en la metodología de cálculo de los rendimientos de la sección de ahorros de las cuentas 419595 y 429595 mientras que estima procedente la inserción como factor en la fórmula las cuentas 4125 y 826105.

Finalmente, en cuanto a la sanción por inexactitud impuesta, manifiesta que en el presente caso no existe diferencia de criterios, toda vez que el menor valor se generó por el desconocimiento del derecho aplicable, con el agravante que quien lo hace es una entidad experta en el manejo de los ingresos que constituye su actividad principal.

La Magistrada Beatriz Martínez Quintero, salvó voto parcialmente, manifestando que *"… es claro que las Circulares proferidas por la Superintendencia Financiera poseen el valor de fijar según su deber, la regulación contable, por lo que para el caso concreto, si la Administración adoptó las disposiciones contenidas en la Circular 065 de 2007, vigente para el periodo de los bimestres objeto de estudio, que además, resultan concordantes con lo dispuesto por el artículo 46 del Decreto 352 de 2002, no puede concluirse que lo que de las mismas deviene, resulta irrelevante. (…) Por lo tanto, si conforme con las pautas establecidas sobre los registros de las cuentas, no es posible determinar con exactitud la naturaleza de los ingresos presentes, se estará desconociendo por parte del contribuyente el principio de la carga probatoria. (…) con base en el artículo 1 de la Resolución 77 las entidades financieras están obligadas a realizar con las exigibilidades de los depósitos de ahorro algunas inversiones obligatorias y seguidamente consigna que en ninguna parte de la normativa se establece que los recursos de captación de ahorros necesariamente deban destinarse a la realización de inversiones obligatorias, cuestión que resulta contradictoria".*

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la demandante interpone recurso de apelación con el fin de que sea revocada la sentencia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. Los motivos de disenso son los siguientes:

1. Violación del principio de congruencia en la sentencia impugnada artículo 170 del Código Contencioso Administrativo

La sentencia vulneró la mencionada disposición en cuanto no analizó los hechos planteados ni valoró las pruebas aportadas por el banco a partir de

los cuales se demostró la veracidad de las declaraciones de ICA presentadas.

2. La liquidación Oficial de Revisión incurrió en falsa motivación

Por cuanto aplicó una fórmula ilegal en el requerimiento especial, a partir de la cual pretende presumir unos supuestos rendimientos provenientes de la sección de ahorros que fueron obtenidos por el banco como son: i) Tomar como referencia cifras acumuladas (históricas) de la cuenta 21; ii) Gravar la cuenta 826105 la cual es una cuenta de orden acreedora que no registra ingresos; y iii) Gravar la cuenta 4125 la cual registra la utilidad en venta de inversiones.

Existen diferencias entre las distintas fórmulas que ha aplicado el Distrito para aumentar la base gravable de ICA al banco, entre los años 2006 a 2008, que fueron demostradas, sin embargo el *A quo* omitió pronunciarse en relación con este aspecto y, legalizó la aplicación del artículo 117 del Decreto 807 de 1993.

3. La liquidación oficial de revisión es nula por irregularidades en su expedición consistente en i) Falta de motivación y ii) por haberse realizado inspección contable por funcionarios que carecen de título de contador público

El Distrito sin justificación alguna modificó para los bimestres 3, 4 y 5 de 2009, el renglón de *deducciones, exenciones y actividades no sujetas*, lo que demuestra que está gravando dos veces al banco por ingresos presuntos y por tanto irreales, por cuanto no obtuvo ingresos por rendimientos de inversiones provenientes de la sección de ahorros, y no excluyó ingresos en este renglón.

De otra parte el acto es nulo porque la inspección contable no se realizó por un contador público, de acuerdo con el artículo 84 del Decreto 807 de 1993.

4. El A quo violó los artículos 209 y 230 de la Constitución Política al no aplicar la sentencia de 8 de septiembre de 2005, del Consejo de Estado, exp. 14191

No tuvo en cuenta que el Consejo de Estado se había pronunciado en un caso exactamente igual entre las mismas partes, que comparten los mismos supuestos fácticos, además el Tribunal ha acogido el criterio expuesto en varias sentencias.

5. Improcedencia de la sanción por inexactitud

Se presenta una diferencia de criterios en el derecho aplicable, de los artículos 45 y 46 del Decreto 352 de 2002, que establece la base gravable de ICA para las entidades financieras y 117 del Decreto 807 de 1993, que le da la facultad de aplicar una fórmula no contemplada en la ley.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La **demandante** presentó alegatos de conclusión, en los que reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

La **demandada** allegó escrito de conclusión, en el que ratificó todo lo expuesto en la contestación de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto.

CONSIDERACIONES

1. Cuestión Previa

En el presente caso se observa que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló parcialmente la liquidación oficial de revisión por cuanto la Administración Distrital modificó el renglón correspondiente a deducciones, exenciones y actividades no sujetas, sin fundamentar los motivos de la disminución del valor declarado por el contribuyente, además rechazó la inclusión en la metodología del cálculo de los rendimientos de la sección de ahorros, las cuentas 419595 y 429595, porque consideró que no podían incluirse en la base gravable para determinar el impuesto de industria y

comercio, aspectos sobre los cuales no apeló la parte demandada, razón por la cual, la Sala no se pronunciará.

2. Problema jurídico

En los precisos términos del recurso de apelación, y de acuerdo con el marco de competencia del juez de segunda instancia, le corresponde a la Sala determinar si la estimación de la base gravable del impuesto de industria y comercio realizada por la Administración Distrital sobre los bimestres 3, 4, 5 y 6 del año gravable 2009 se encuentra ajustada a la legalidad, para lo cual se debe establecer, sí las pruebas aportadas por el Banco permiten verificar la destinación de los recursos de la sección de ahorros y el origen de rendimientos obtenidos en tales periodos.

3. Impuesto de Industria y Comercio para entidades financieras. Base gravable especial Reiteración[2]

3.1. La Ley 14 de 1983 estableció una base gravable especial para el impuesto de Industria y Comercio de las entidades financieras, reiterada en el Decreto Ley 1333 de 1986 (artículo 207), y adoptada en el Distrito Capital en idéntico sentido, en el artículo 46 del Decreto 352 de 2002.

3.2. En ese marco, dentro de los ingresos operacionales de los bancos, los intereses y rendimientos sujetos al gravamen son solo aquellos que se generen por operaciones con entidades públicas, de operaciones de moneda nacional y extranjera; y de inversiones de la sección de ahorros, respectivamente.

4. Del caso concreto

4.1. En el asunto objeto de estudio, las partes discuten el mayor valor del impuesto de Industria y Comercio por los bimestres 3 a 6 de 2009, causado en el Distrito Capital. Según la demandante, en esos períodos no obtuvo rendimientos por inversiones realizadas con recursos de la sección de ahorros, toda vez que esos dineros los destinó a encaje y cartera de créditos.

---

[2] Sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta de 16 de julio de 2015, Exp. 20353, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Por su parte, la Secretaría de Hacienda considera que esa circunstancia -la no generación de rendimientos con recursos originados en la captación de ahorros- no fue acreditada, porque las pruebas aportadas no dan cuenta de ello.

4.2. La Sala analizará el material probatorio que obra en el expediente, a fin de determinar si se demostró que los rendimientos generados por la actora no provienen de recursos de la sección de ahorros.

Hay que precisar al respecto, que aunque se reprochó la inclusión de pruebas distintas a las aportadas en sede administrativa, pues consideran ese hecho como contrario a la lealtad procesal, no se excluirán del análisis dichos medios de convicción, en virtud del principio de libertad probatoria, que se traduce en el derecho de aportar los medios probatorios necesarios a fin de acreditar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que las partes persiguen.[3]

4.3. Análisis del material probatorio

4.3.1. Obra certificado del revisor fiscal de 14 de enero de 2011, que dio fe de las siguientes circunstancias:

> *"…*
> *Según consta en certificación del tesorero de Helm Bank S.A. (antes Banco de Crédito S.A. Helm Financial Services) señor Juan Fernando Ortiz Mantilla del día lunes 6 de marzo del año 2000, el Banco no destina los recursos provenientes de la sección de ahorros a la compra de inversiones por política de racionalización y eficiencia del margen de intermediación. La política anteriormente descrita fue ratificada por la junta directiva de Helm Bank S.A. tal y como se evidencia en el punto No. 13 del orden del día del Acta No. 708 del 26 de agosto de 2008.*
>
> *De acuerdo con los registros contables de Helm Bank S.A. la cuenta 21 – Depósitos y Exigibilidades a continuación se totalizan teniendo en cuenta los movimientos débito, crédito, movimiento mensual y valor acumulado por el periodo comprendido entre enero de 2009 y agosto de 2010, los cuales se encuentran en el CD anexo punto 5:*

---

[3] Se reitera así, el criterio que sobre este tema sostiene en forma unánime la Sección, que en sentencia 17425 del 23 de septiembre de 2010, señaló: *"Ahora bien, valga la pena recordar lo concerniente a la oportunidad para allegar pruebas al expediente, para lo cual es importante hacer mención a lo estipulado en el artículo 744 del Estatuto Tributario, que dispone que las pruebas deben obrar en el expediente por formar parte de la declaración; haber sido allegadas en desarrollo de las facultades de fiscalización e investigación de la Administración; haber sido solicitadas en la respuesta al requerimiento especial; haberse acompañado al memorial de recurso; o porque se practicaron de oficio, entre otras circunstancias.*

Lo anterior no obsta para que el contribuyente con la demanda presente nuevas pruebas o mejore las aportadas en vía administrativa, toda vez que en el proceso contencioso se otorga a las partes libertad probatoria en la fase respectiva y la ley les da el derecho a demostrar los hechos que constituyen la base de sus afirmaciones. Es así como los numerales 5º del artículo 137 y 4º del artículo 144 del Código Contencioso Administrativo facultan a las partes para que en la demanda o en su contestación soliciten las pruebas que pretendan hacer valer en el proceso". (Subrayas fuera del texto). Radicación número: 25000-23-27-000-2005-01654-01(17425), C.P. Dr. William Giraldo Giraldo.

…

De acuerdo con los registros contables de Helm Bank S.A. la cuenta 8261 – Rendimientos inversiones negociables en títulos para los bimestres contenidos entre los meses de enero de 2009 y agosto de 2010, cabe aclarar que la información contenida en la cuenta arriba mencionada a nivel general del banco corresponden con lo reportado en la misma cuenta para Bogotá, a continuación se totalizan los movimientos, los cuales se encuentran en el CD anexo punto 6:
…[4]

4.3.2. Acta de Junta Directiva No. 708 del Banco de Crédito realizada el 26 de agosto de 2008[5], en la que respecto a la cuenta de ahorros indicó:

C) CAPTACIÓN POR AHORROS

Continuando con la política establecida desde el año 1996 para el manejo de tesorería la Junta Directiva del Banco de Crédito por unanimidad ratificó, que está totalmente prohibido hacer inversiones con los recursos captados de la sección de ahorros, los mismos deberán ser colocados en el producto de cartera.

4.3.3. Certificación del Director de Tesorería del Banco de Crédito de 6 de marzo de 2000

"El suscrito tesorero del Banco de Crédito, se permite certificar que ésta institución no destina a la compra de inversiones, los recursos provenientes de la sección de ahorros; dado que como política de racionalización y eficiencia del margen de intermediación, se ha dispuesto que las fuentes de recursos más baratas como las cuentas corrientes y las cuentas de ahorro, se destinen primordialmente a las colocaciones más rentables como son los sobregiros y la cartera de créditos, tal como consta en el manual de tesorería en lo referente a políticas generales …"

4.3.4. En sede judicial se allegó certificación del revisor fiscal en la que se lee[6]:

"… Helm Bank S.A. lleva contabilidad en debida forma, sujetándose a lo dispuesto por el Título IV del Libro I del Código de Comercio, El Decreto 2649 de 1993 y demás normas vigentes sobre la materia, a través de los libros de contabilidad, los cuales se encuentran registrados debidamente, y para el caso de la ciudad de Bogotá, los registros contables correspondientes a mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2009, se encuentran contenidos en el libro oficial diario y Mayor, registrado ante la Cámara de Comercio de Bogotá, con el número 01290571 y 01415786.

[4] Fls. 48-53 c.a.
[5] Fls 243-245 c.p.

[6] Fls. 235-241 c.p.

Los libros de contabilidad de la sociedad Helm Bank S.A. reflejan razonablemente su situación financiera y patrimonial como consta en el dictamen del Revisor Fiscal al 30 de junio y 31 de diciembre de 2009, y emitido mis informes sobre los mismos el 30 de julio de 2009 y 29 de enero de 2010, respectivamente.

La contabilidad de Helm Bank S.A. cuenta con los correspondientes soportes internos y externos. De acuerdo con las cuentas 1110, 2115, 2120, el grupo 14 y la clase 3 del libro auxiliar identificado como "Registros resumen" cuyas cifras se encuentran consolidadas en el libro oficial "Diario y Mayor", bajo las cuentas y folios que se detallan a continuación, Helm Bank S.A. durante mayo, junio agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2009, destinó la totalidad de los recursos captados en cuentas de ahorro después del encaje a financiar operaciones de cartera en moneda legal así .
(Subrayas fuera de texto)

Bimestre mayo-junio de 2009:

Cuenta	Descripción de la cuenta	Movimiento III Bimestre (Bogotá)
2120	Depósito de ahorro	$ 804.506.603.632

Total Activos del Balance			**Fuente de Financiamiento de los Activos**		
Cuenta	Descripción de la cuenta	Saldo al 30 de junio de 2009	Cuenta	Descripción de la cuenta	Movimiento Mensual (Bogotá)
1110	Banco de la Republica (*)	$365.629.514.808	2120	Depósito de ahorro	$88.495.726.400
14	Cartera de Créditos- M/L	4.512.397.315.759	2120	Depósito de ahorro	$716.010.877.233

Bimestre julio - agosto de 2009:

Cuenta	Descripción de la cuenta	Saldo inicial Julio	Saldo final Agosto		
2120	Depósito de ahorro	$2.048.974.524.350	$1.491.594.990.597		

Total Activos del Balance			**Fuente de Financiamiento de los Activos**			
Cuenta	Descripción de la cuenta	Saldo al 31 de agosto de 2009	Cuenta	Descripción de la cuenta	Débito	Crédito
1110	Banco de la Republica (*)	$332.187.384.274	2120	Depósito de ahorro	$8.654.117.918.235	$8.203.244.908.755
14	Cartera de Créditos M/L	4.505.895.860.968				

Bimestre septiembre - octubre- de 2009

Cuenta	Descripción de la cuenta	Movimiento V bimestre (Bogotá)
2120	Depósitos de Ahorro	$560.747.891.169

Total Activos del Balance			Fuente de Financiamiento de los Activos		
Cuenta	Descripción de la cuenta	Saldo al 31 de octubre de 2009	Cuenta	Descripción de la cuenta	Movimiento mensual (Bogotá)
1110	Banco de la Republica (*)	$321.110.214.631	2120	Depósitos de Ahorro	$61.682.268.029
14	Cartera créditos M/L	4.623.718.759.728	2120	Depósitos de Ahorro	4.99.065.623.140

Bimestre noviembre-diciembre de 2009:

Cuenta	Descripción de la cuenta	Saldo inicial Noviembre	Saldo final Diciembre		
2120	Depósito de ahorro	$2.052.342.881.766	$1.510.156.547.176		

Total Activos del Balance			Fuente de Financiamiento de los Activos			
Cuenta	Descripción de la cuenta	Saldo al 31 de diciembre de 2009	Cuenta	Descripción de la cuenta	Débito	Crédito
1110	Banco de la Republica (*)	$193.751.191.495	2120	Depósitos de ahorro	$10.697.631.526.272	$10.142.029.941.714
14	Cartera de Créditos M/L	4.703.581.998.084				

(*) Cálculo efectuado por la Administración del Banco, de acuerdo con lo establecido por la Superintendencia Financiera de Colombia, en la Circular Externa 38 de 2008.

De acuerdo con políticas internas de Helm Bank S.A., el banco financió en los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2009 su portafolio de inversiones de renta fija con recursos provenientes de depósitos de cuenta corriente, certificados de depósito a término, depósitos especiales, exigibilidades por servicios bancarios, servicios bancarios de recaudo, fondos interbancarios y recursos propios provenientes de su patrimonio. A continuación se presenta el detalle por los siguientes bimestres:

Bimestre mayo- junio de 2009:

Cuenta	Descripción de la Cuenta	Saldo al cierre del III bimestre de 2009 (Bogotá)
2105	Depósitos en cuenta corriente	465.616.432.855
2115	Certificados de depósito a término	2.167.709.209.874
2160	Depósitos Especiales	2.459.350
2165	Exigibilidades por Servicios Bancarios	56.262.679.334
2170	Servicios Bancarios de Recaudo	5.369.161.450
2205	Fondos interbancarios	37.742.734.521
3	Patrimonio	954.132.580.129
	Total	**$3.686.835.257.512**
	Portafolio de inversiones al cierre del Bimestre	$1.425.852.180.292

Bimestre julio- agosto de 2009:

Cuenta	Descripción de la Cuenta	Saldo al cierre del III bimestre de 2009 (Bogotá)
2105	Depósitos en cuenta corriente	456.690.029.988
2115	Certificados de depósito a término	2.013.109.330.375
2160	Depósitos Especiales	2.459.350
2165	Exigibilidades por Servicios Bancarios	33.057.248.688
2170	Servicios Bancarios de Recaudo	322.220.700
2205	Fondos interbancarios	50.433.703.613

3	Patrimonio	983.432.811.977
	Total	**$3.537.047.804.691**
	Portafolio de inversiones al cierre del Bimestre	$1.313.172.890.708

Bimestre septiembre - octubre de 2009:

Cuenta	**Descripción de la Cuenta**	**Saldo al cierre del III bimestre de 2009 (Bogotá)**
2105	Depósitos en cuenta corriente	463.868.723.753
2115	Certificados de depósito a término	1.809.823.428.551
2160	Depósitos Especiales	2.459.350
2165	Exigibilidades por Servicios Bancarios	42.896.151.600
2170	Servicios Bancarios de Recaudo	422.994.700
2205	Fondos interbancarios	12.000.000.000
3	Patrimonio	993.531.609.087
	Total	**3.322.545.367.041**
	Portafolio de inversiones al cierre del Bimestre	1.337.231.326.140

Bimestre noviembre- diciembre de 2009:

Cuenta	**Descripción de la Cuenta**	**Saldo al cierre del III bimestre de 2009 (Bogotá)**
2105	Depósitos en cuenta corriente	617.607.869.099
2115	Certificados de depósito a término	1.615.442.220.415
62160	Depósitos Especiales	2.459.350
2165	Exigibilidades por Servicios Bancarios	44.322.045.975
2170	Servicios Bancarios de Recaudo	1.709.983.700
2205	Fondos interbancarios	101.062.848.872
3	Patrimonio	1.019.139.570.037
	Total	**3.399.286.997.447**
	Portafolio de inversiones al cierre del Bimestre	1.347.635.913.844

Conforme a los registros contables adelante indicados, los ingresos operacionales y no operacionales obtenidos por Helm Bank S.A., durante los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2009 en Bogotá se describen así:

Bimestre mayo – junio de 2009

Grupo	Descripción	Valor
41.42	Ingresos operacionales y no operacionales	$7.319.641

…”

Los certificados del revisor fiscal reiteran las explicaciones dadas por el Banco en cuanto a que los recursos captados de la cuenta 2120 (Depósitos de Ahorro) se destinan a la cuenta 1110 (encaje) y a la colocación de la cuenta 14 (Cartera de Créditos), igualmente se registra el origen de los recursos y fuente de financiación de las inversiones voluntarias, las cuales se realizan con: Depósitos en cuenta corriente, Certificados de depósito a término, Exigibilidades por servicios bancarios, y Servicios bancarios por recaudo.

También en el certificado se señaló en cada uno de los bimestres en discusión, los ingresos operacionales y no operacionales obtenidos por el banco.

4.3.5. Para la Sala las pruebas antes relacionadas permiten concluir que, en efecto, la hipótesis de la actora frente a la fuente de sus rendimientos, es cierta. Todo, porque contrario a lo alegado por el Distrito, logran identificar con claridad el origen y destino de los recursos captados del público por concepto de ahorro, así como de los dineros invertidos que generaron rendimientos, esto es, la trazabilidad de los dineros provenientes de los depósitos de ahorros.

4.3.6. Repárese en que los libros contables inspeccionados por la Administración son los mismos a los que se refirió en su oportunidad el revisor fiscal, en el certificado remitido con ocasión del requerimiento especial, como con la presentación de la demanda.

Los valores reportados en los certificados no fueron controvertidos por la demandada, comoquiera que su reproche siempre estuvo dirigido a la presunta insuficiencia para mostrar las rutas seguidas por los recursos de la sección de ahorros.

En otras palabras; la Administración, que conoció los libros oficiales de contabilidad del banco, no tachó la información del certificado del revisor, proveniente de dichos libros, sino la suficiencia probatoria de los mismos.

Todo, porque los certificados de revisor fiscal aportados (entregados con ocasión del requerimiento especial y la demanda), **sí especifican y detallan la destinación de los recursos de la sección de ahorros, como los intereses registrados en las cuentas contables 4102 y 4104 que el banco gravó con ICA**, **así como el origen de los dineros que produjeron rendimientos en los periodos discutidos.**

4.3.7. Las distribuciones descritas concuerdan con la directriz de la Junta Directiva No. 708 del Banco de Crédito (hoy Helm Bank) realizada el 26 de agosto de 2008 sobre el manejo de la sección de ahorros, que deben ser colocados en el producto de cartera.

4.4. En síntesis, los certificados del revisor fiscal son pruebas susceptibles de apreciarse, pues se fundan en los libros de contabilidad del contribuyente e indican cada uno de los folios del libro diario mayor del cual fue tomado cada

hecho económico certificado[7], sí tiene la fuerza probatoria que se requiere en este caso para demostrar que los rendimientos registrados en las cuentas "4125" (inversiones) y "826105" (rendimientos) no provienen de la sección de ahorros, comoquiera que lo que el banco percibió en los bimestres 3 a 6 de 2009 por captación, **no fue invertido**, sino destinado a financiar la cartera de créditos, y recursos del Banco de la República.

En consecuencia, esos valores (los de la sección de ahorros), al no producir rendimientos, no estaban gravados con el impuesto de Industria y Comercio; luego, los mayores valores que la Administración liquidó por dicho concepto en el acto acusado, carecen de fundamento.

4.5. Precisión final

4.5.1.- Finalmente, la Sala precisa que de acuerdo con el PUC financiero, en las cuentas "4125" y "826105" se registran las utilidades que genera la venta de inversiones y los rendimientos que producen las inversiones negociables en títulos de deuda, respectivamente, sin hacer distinción alguna sobre el origen de los recursos invertidos, esto es, si provienen de ahorros, de otras cuentas, de recursos propios, etc.

La desagregación la ordena la Circular Externa No. 003 de 1998 de la entonces Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera), según la cual, en esos códigos deben reportarse las utilidades y rendimientos producto de la inversión de recursos de la sección de ahorros. No obstante, **dicha precisión se hace para efectos del informe que deben remitir las entidades financieras a la Superintendencia.**

De manera que, si los ingresos registrados en dichas cuentas del PUC financiero, no se incluyen en la determinación de la base gravable del impuesto de Industria y Comercio, se debe establecer, mediante los elementos de convicción que sean necesarios, tales como soportes contables, certificaciones del revisor fiscal debidamente fundadas y otros, el origen de las inversiones (si provienen o no de la sección de ahorros).

---

[7] Cumple así, con las exigencias que sobre el particular ha dicho la Sala al valorar los certificados expedidos por contadores o revisores fiscales, en el sentido de que contengan algún grado de detalle en cuanto a los libros, cuentas o asientos correspondientes a los hechos que pretenden demostrarse; no pueden versar sobre las simples afirmaciones acerca de las operaciones contables de que dichos funcionarios dan cuenta. Ver sentencias 17222 del 27 de enero de 2011, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas y 18781 del 16 de octubre de 2014, C.P. Dra Martha Teresa Briceño de Valencia, entre otras.

4.5.2. Así las cosas, la Administración Tributaria Distrital no podía suponer (como lo hizo en el requerimiento especial[8]), que la no inclusión de los ingresos registrados en esas cuentas constituía la omisión de rendimientos gravados, pues esa circunstancia-la sujeción al impuesto- la determina el origen de los recursos invertidos.

4.6. De acuerdo con todo lo expuesto, es claro que el acto demandado es contrario a derecho, por lo tanto, será revocada la sentencia apelada y, en su lugar se declarará la nulidad del acto acusado y, a título de restablecimiento del derecho, en firme las declaraciones del impuesto de industria, comercio, avisos y tableros correspondiente a los bimestres 3, 4, 5 y 6 del año gravable 2009.

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

F A L L A

1.- Por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, se **REVOCA** la sentencia del 21 de febrero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “B”, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en su lugar:

2.- DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 275DDI005854 de 29 de febrero de 2012, proferida por la Oficina de Liquidación de la Subdirección de Impuestos a la Producción y al Consumo de la Secretaría de Hacienda Distrital, por medio de la cual, liquidó oficial el impuesto de Industria, Comercio, Avisos y Tableros a cargo de HELM BANK S.A., correspondiente a los bimestres 3, 4, 5 y 6 del año gravable 2009.

3.- A título de restablecimiento del derecho, **DECLÁRASE** en firme las declaraciones del impuesto de Industria, Comercio, Avisos y Tableros correspondiente a los bimestres 3, 4, 5 y 6 del año gravable 2009 presentadas por HELM BANK S.A.

4.- DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

---

[8] Ver la referencia en el punto 3.3.3 de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ