

**FUNDACION – Puede desarrollar actividades no comerciales para ejecutar el objeto social principal / RENDIMIENTOS FINANCIEROS PERCIBIDOS POR FUNDACIONES – No están gravados con el impuesto de industria y comercio**

La Sala advierte que si bien es cierto que dentro de las funciones que puede ejercer la fundación está la de conceder financiación para la elaboración y ejecución de proyectos de investigación, esa actividad, per se, no es una actividad comercial, pues se ejecuta como mecanismo o instrumento para desarrollar el objeto social principal de la Fundación como es el fomento y la promoción de los estudios e investigación que realicen profesionales colombianos y extranjeros sobre ciertos campos de la ciencia. Adicionalmente, conforme se desarrolló la investigación en vía administrativa, la Sala aprecia que el Distrito pretendió gravar, en general, todo ingreso que por rendimiento financiero habría percibido la parte actora, sin hacer un análisis sobre el origen de los mismos. Por eso, los valores que el Distrito tuvo en cuenta para imponerle sanción por no declarar se tomaron de las certificaciones que expidió el contador de la fundación con ocasión de la respuesta al requerimiento de información 2006EE 107691 del 11 de mayo de 2006, valores que, como se dijo, tienen su origen en los rendimientos financieros obtenidos de ciertos portafolios de inversión administrados por la Fiduciaria Skandia S.A. en desarrollo de un contrato de fiducia mercantil que suscribió la parte actora con esa Fiduciaria.

**FIDUCIA MERCANTIL – Negocio jurídico que no conlleva a que quienes lo realicen sean comerciantes. Definición / SOCIEDADES FIDUCIARIAS - son profesionales en la gestión de negocios, transacciones y operaciones por cuenta de terceros / FIDUCIA DE INVERSION – Administración de bienes de un tercero / FUNDACION – Cuando éstas celebran contratos de fiducia mercantil es relevante los fines para los cuales se concertó la Fiducia mercantil para efectos de determinar si dichos rendimientos financieros están gravados con el impuesto de industria y comercio / FIDUCIA MERCANTIL – Cuando la Fundación se beneficia de los servicios financieros que le presta la Sociedad Fiduciaria en procura del desarrollo del objeto social de la Fundación y, por eso, si bien percibe ingresos en virtud del contrato de fiducia mercantil, tales ingresos no provienen de una actividad mercantil / FIDEICOMITENTE – Simple beneficiario de los servicios financieros que presta la fiduciaria**

Habida cuenta de que el contrato de fiducia mercantil es un negocio jurídico regulado por el Código de Comercio es un acto mercantil, pero no por ello, quienes celebran tal negocio jurídico pueden ser llamados comerciantes o concluir que realizan una actividad comercial por las siguientes razones: De conformidad con el artículo 1226 del Código de Comercio “La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.” El mismo artículo dispone que “solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.” De ahí que, el Fideicomitente sea aquella persona natural o jurídica que encomienda a la sociedad fiduciaria una gestión determinada para el cumplimiento de una finalidad. Por eso, en el contrato, la ley o el fideicomitente precisan las instrucciones que debe acatar la Fiduciaria para el desarrollo de la gestión encomendada. En el caso del Fiduciario, de conformidad con el artículo 3º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se trata de entidades de servicios financieros. Estas sociedades son profesionales en

la gestión de negocios, transacciones y operaciones por cuenta de terceros. Por eso, los negocios, transacciones y operaciones que puede ejecutar una Sociedad Fiduciaria son diversos, pero, esencialmente, como lo dijo el Distrito, en las fiducias de inversión, las Sociedades Fiduciarias invierten el dinero que les entregan terceros en administración. Para el efecto, el Fideicomitente se desprende de la propiedad de los bienes dados en fiducia mercantil para que la Sociedad Fiduciaria constituya un patrimonio autónomo que será objeto de administración. La parte actora escogió ese negocio jurídico para la administración de los recursos de la Fundación y, por ende, para cumplir el objeto social para la que fue constituida. Luego, contrario a lo que dijo el Distrito, si son relevantes los fines para los cuales se concertó la Fiducia mercantil, pues si tal negocio jurídico se suscribe para cumplir la finalidad determinada por el constituyente, y la finalidad de la Fundación es, indiscutiblemente, el desarrollo de su objeto social, la Fiducia mercantil se erige como un mero instrumento de administración de los recursos de la Fundación, más no como una actividad supuestamente comercial para obtener lucro. La Fiducia mercantil sí entraña una actividad lucrativa, pero no de carácter comercial, sino de servicios financieros. En esa medida, la calidad en que actúa la parte actora en dicho contrato permite advertir que quien ejecuta la actividad de servicios financieros es la sociedad fiduciaria. La parte actora simplemente se beneficia de tales servicios financieros que le presta la Sociedad Fiduciaria en procura del desarrollo del objeto social de la Fundación y, por eso, si bien percibe ingresos en virtud del contrato de fiducia mercantil, tales ingresos no provienen de una actividad mercantil, en sí misma considerada, que haya sido ejecutada por la Fundación. En consecuencia, la Sociedad Fiduciaria es la que ejerce de manera profesional y habitual la actividad de servicios financieros. El Fideicomitente es un simple beneficiario de tales servicios y, por tanto, no ejerce ni una actividad mercantil como lo dijo el Distrito, ni tampoco la de servicios financieros, pues ésta la ejecuta la Sociedad Fiduciaria.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE COMERCIO – ARTICULO 20 / CODIGO CIVIL – ARTICULO 1226

#### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION CUARTA**

**Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS**

Bogotá, D.C., Treinta (30) de junio de Dos mil once (2011)

**Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00208-01(17424)**

**Actor: FUNDACION PARA LA PROMOCION DE LA INVESTIGACION Y LA TECNOLOGIA**

**Demandado: DISTRITO CAPITAL. SECRETARIA DE HACIENDA – DIRECCION DISTRITAL DE IMPUESTOS**

**FALLO**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por El Distrito Capital, contra la sentencia del 12 de junio de 2008 de la Sección 4ª, Subsección "B" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que dispuso:

*"ANULAR LA RESOLUCIÓN N° DDI 05941 DE 20 DE JUNIO DE 2007, PROFERIDA POR LA SUBDIRECCIÓN JURÍDICO TRIBUTARIA DE LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS DE LA SECRETARÍA DE HACIENDA DE LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ ASÍ COMO LA RESOLUCIÓN N° 10855 DDI 63721 DE SEPTIEMBRE 13 DE 2006, PROFERIDA POR EL COORDINADOR DEL GRUPO INTERNO DE TRABAJO DE LIQUIDACIÓN DE LA SUBDIRECCIÓN DE IMPUESTOS A LA PRODUCCIÓN Y AL CONSUMO DE LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS DISTRITALES.*

*COMO CONSECUENCIA DE LO ANTERIOR Y A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO SE DECLARA QUE LA FUNDACIÓN PARA LA PROMOCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y LA TECNOLOGÍA IDENTIFICADA CON EL NIT 860.056.110-3 D.C, NO ESTÁ OBLIGADO A DECLARAR Y PAGAR EL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN EL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ POR LOS PERIODOS 4 AL 6 DEL AÑO GRAVABLE 2001 Y 1 AL 6 DE LOS AÑOS GRAVABLES 2002, 2003, 2004 Y 2005. (...)*

#### **ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS**

Mediante varios requerimientos ordinarios de información, el Distrito Capital le solicitó a la parte actora información sobre los ingresos obtenidos durante varias vigencias fiscales del impuesto de industria y comercio.

Mediante acto administrativo de trámite No. 2006 EE208285 del 17 de julio de 2006, la Subdirección de Impuestos a la Propiedad y al Consumo de la Secretaría de Hacienda de la alcaldía Mayor de Bogotá, emplazó a la actora a presentar las declaraciones tributarias por los siguientes periodos: bimestres 4 a 6 del año 2001, y todos los bimestres de los años 2002 a 2005.

La actora contestó el emplazamiento el 22 de agosto de 2006 (radicado 2006 ER74531).

Mediante Resolución 108555 DDI 063721 del 13 de septiembre de 2006, el Distrito Capital impuso a la parte actora sanción por no declarar el impuesto de Industria, Comercio, Avisos y Tableros correspondiente a los períodos 4 al 6 del año gravable 2001 y 1 al 6 de los años gravables 2002 a 2005, sanción que fue confirmada mediante la Resolución DDI 059451 del 20 de junio de 2007.

#### **ANTECEDENTES PROCESALES**

##### **LA DEMANDA**

La Fundación para la Promoción de la Investigación y la Tecnología, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda

contra el Distrito Capital, para obtener la declaración de las siguientes pretensiones:

**“PRIMERA.** *Que se decrete la nulidad de la Resolución No. DDI 059451 del 20 de junio del 2007 proferida por la Subdirectora Jurídico Tributaria de la Dirección Distrital de Impuestos de la Secretaría de Hacienda de la Alcaldía Mayor de Bogotá.*

**SEGUNDA.** *Que se declare la nulidad de la Resolución 10855 D.D.I 063721 del 13 de septiembre de 2006 proferida el (sic) Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Liquidación de la Subdirección de Impuestos a la Propiedad y al Consumo de la Secretaría de Hacienda de la Alcaldía Mayor de Bogotá.*

**TERCERA.** *Que como consecuencia necesaria de las anteriores declaraciones de nulidad, se restablezca su derecho a la demandante, ordenándose archivar cualquier expediente abierto a cargo de la entidad demandante y declarándose que no es contribuyente del impuesto de industria, comercio y avisos en jurisdicción el (sic) Distrito Capital de Bogotá.”*

Invocó como disposiciones violadas las siguientes:

Decreto 400 de 1999: artículos 28,30 y 38.  
Decreto 352 de 2002: artículos 32, 34 y 42.  
Decreto 807 de 1993: artículo 113.  
Estatuto Tributario: artículos 742 y 744.

#### **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

La parte actora formuló cuatro cargos de violación que, en síntesis, se concretan de la siguiente manera:

Dijo la parte actora que la Fundación es una entidad sin ánimo de lucro que tiene por objeto el fomento y la promoción de estudios e investigaciones que realicen profesionales colombianos, extranjeros residentes en el país, en el campo de las ciencias naturales, sociales, humanísticas, históricas y exactas, como en el exterior.

Que si bien en el objeto social de la fundación se deja en evidencia la posibilidad de utilizar la financiación como instrumento que posibilita el desarrollo del objeto social, este mecanismo es optativo.

Explicó que conforme con la acepción natural del vocablo “*financiación*”, la Fundación promueve y fomenta empresa. Que es esencial a la misma, el patrocinio de aportes en dinero para el desarrollo de las actividades de investigación y estudio en los campos tecnológicos y científicos. Que, por eso, cuando se acude al mecanismo de la financiación, el ingreso que proviene de la misma debe entenderse como un aporte en dinero que hace la Fundación a la institución beneficiaria. Que, por lo tanto, el desarrollo de esa actividad no corresponde a ninguna de las listadas en el artículo 20 del Código de Comercio.

La parte actora explicó que destina los excedentes originados en rendimientos financieros a la finalidad propia de la Fundación. Que la fundación no

se dedica de manera profesional y habitual a la obtención de rendimientos financieros como lo haría un comerciante y que, por eso, tales ingresos no están gravados con el impuesto.

Insistió en que la Fundación no ejecuta actos de comercio, pues los rendimientos financieros derivados de las inversiones que hace y los excedentes que obtiene, los utiliza para el cumplimiento del objeto social.

Dijo que las entidades sin ánimo de lucro deben realizar actividades medio o instrumentales que contribuyen a generar ingresos en provecho del objeto estatutario. Que por la ejecución de tales actividades instrumentales, la Fundación no se convierte en comerciante ni los ingresos obtenidos por rendimientos financieros adquieren la calidad de gravables con el impuesto de industria y comercio.

Alegó que el Distrito Capital violó los principios de debido proceso y derecho de defensa, porque no valoró correctamente las pruebas allegadas al proceso y porque decidió con fundamento en hechos no probados en el expediente. Adujo que en el proceso no está probado que la Fundación haya realizado actividades comerciales. Que sólo está probado que percibió ingresos por rendimientos financieros derivados de cierto contrato de fiducia mercantil para la gestión del portafolio y la administración de los pagos que hace la Fundación. Que, en consecuencia, la fiducia no surgió con ánimo mercantil sino como instrumento jurídico que le permite a la Fundación desarrollar su objeto social.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El apoderado de la Dirección Distrital de Impuestos se opuso a los anteriores cargos.

Primero, hizo un análisis sobre los artículos 32 y 39 de la Ley 14 de 1983 y del artículo 11 de la Ley 50 de 1984 para precisar quiénes eran los sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio y quienes no eran sujetos del gravamen. De este análisis, concluyó que *“para las fundaciones y en general para cualquier persona natural o jurídica la no sujeción la determina el hecho de realizar actividades de beneficencia o caridad pública y/o actividades culturales y/o deportivas (en el caso de las fundaciones, obedeciendo estas últimas al desarrollo de los fines de interés social y utilidad común) y no por el hecho de ejercer actividades sin ánimo de lucro.”*

Que, por eso, si las fundaciones, además de ejercer las actividades propias y connaturales para las que fueron creadas, realizan dentro de la jurisdicción del Distrito Capital, actividades industriales o comerciales, deben cumplir con las obligaciones tributarias como sujetos pasivos del ICA.

Posteriormente analizó la base gravable del impuesto de industria y comercio, concretamente, el artículo 42 del Decreto Distrital 352 de 2002, y concluyó que la norma es clara en precisar que la base gravable está conformada por los ingresos ordinarios y extraordinarios menos las deducciones de ley. Que como los rendimientos financieros son ingresos que deben ser asociados a la actividad del sujeto que los percibe, dijo que, al tenor de los artículos 13, 38 y 69 del Decreto 2649 de 1993, tales ingresos forman parte de la base gravable porque son ingresos extraordinarios, es decir, aquellos que se reciben o causan en actividades diferentes al objeto social, al giro ordinario de los negocios o, en general, no provenientes de actividades regulares, pero, en todo caso, percibidos

en desarrollo de una actividad que, en sí misma, se constituye en hecho generador del impuesto.

Señaló que del artículo 35 de la Ley 14 de 1983 no se podía concluir que los ingresos percibidos en ejecución de actividades diferentes a las consagradas en el objeto social principal no formaban parte de la base gravable.

Por último, transcribió el objeto social de la Fundación para resaltar que la parte actora utilizaba el mecanismo de la financiación como instrumento que posibilitaba el desarrollo de su objeto social. Sin embargo, dijo que era irrelevante que la parte actora utilizara ese mecanismo de manera opcional, puesto que lo importante era que la actividad comercial que desarrolla la fundación está inmersa en el objeto social de la misma y que, por lo tanto, los ingresos que percibió como rendimientos financieros hacían parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio.

El apoderado del Distrito capital concluyó que no se requería ser comerciante para ejercer la actividad comercial en materia de impuesto de industria y comercio y que la inversión era considerada como una actividad autónoma, gravada con el impuesto.

Sobre la valoración de la prueba dijo que no violó el derecho de defensa y del debido proceso de la parte actora, puesto que cumplió lo establecido en el artículo 113 del Decreto Distrital 807 de 1993.

Señaló que la valoración de las pruebas determinó que la parte actora era sujeto pasivo del impuesto de Industria y Comercio.

#### **SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 12 de junio de 2008, concedió las súplicas de la demanda.

Para el a quo, de conformidad con los artículos 31, literal d) del Decreto 423 de 1996, 32, 35 y 39 de la Ley 14 de 1983, no son sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio las asociaciones de profesionales y gremiales sin ánimo de lucro, las entidades de beneficencia, las culturales y deportivas, los sindicatos, las asociaciones de profesionales y gremiales sin ánimo de lucro, los partidos políticos y los hospitales adscritos o vinculados al sistema nacional de salud.

Que, por lo tanto, la Fundación no es sujeto del impuesto de industria y comercio en tanto se dedique a desarrollar el objeto social para la que fue creada.

Dijo que si bien en el proceso estaba probado que la parte actora percibió ingresos por rendimientos financieros, también estaba probado que no ejecutó actividades comerciales o industriales de forma habitual. Que, por el contrario, la financiación de ciertas actividades por parte de la Fundación se realizaba de forma ocasional y paralela a la actividad principal, más no habitual.

Por último, dijo que la Fundación era una persona de naturaleza civil y no comercial que actuaba sin ánimo de lucro, conforme se deducía de los estatutos de la parte actora.

La Doctora Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda aclaró el voto.

Manifestó que *“los rendimientos financieros obtenidos por una asociación Gremial sin ánimo de lucro y reinvertidos en su objeto social no deben ser gravados con el Impuesto de Industria y Comercio, como sí se gravarían en el evento en que ejerciera la actividad de invertir de manera permanente y, además, como una actividad autónoma, condiciones estas que no se presentan en el caso que se examina.”*

### **EL RECURSO DE APELACIÓN**

La Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaria de Hacienda, interpuso el recurso de apelación.

Dijo que con fundamento en el artículo 39, numeral 2, literal d) de la Ley 14 de 1983, las únicas entidades sin ánimo de lucro que no están sujetas al impuesto de industria y comercio eran las asociaciones de carácter gremial o profesional. Que las demás, estaban sujetas al impuesto si ejecutaban las actividades previstas como hecho generador del impuesto.

Reiteró que los ingresos por rendimientos financieros forman parte de la base gravable del ICA. Que, en el caso concreto, la parte actora obtuvo ingresos provenientes de una fiducia de inversión y que, por lo tanto, forman parte de la base gravable.

Explicó que de acuerdo con el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se entendía por fideicomiso de inversión *“todo negocio fiduciario que celebren las entidades legalmente autorizadas para actuar en calidad de fiduciario con sus clientes, para beneficio de éstos o de los terceros designados por ellos, en el cual se consagre como finalidad principal o se prevea la posibilidad de invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero, de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente con lo previsto en dicho estatuto y con las normas reglamentarias aplicables”*

Que como el artículo 8º del Acuerdo 21 de 1983, en concordancia con el artículo 35 de la Ley 14 de 1983, estableció que son actividades comerciales, además de las enunciadas en esa norma, las definidas como tal en el Código de Comercio, los rendimientos generados en un contrato de fiducia provienen de una actividad comercial al tenor del numeral 19 del artículo 20 del C.C. que dispone que son mercantiles para todos los efectos legales, los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil.

Señaló que el Tribunal no tuvo en cuenta la doctrina Judicial del Consejo de Estado, concretamente, la sentencia del 3 de marzo de 1994 (expediente 4548,, M.P Delio Gómez Leiva), en la que se estableció que cuando una sociedad civil realice actos mercantiles y otros que no tengan esa calidad, prevalece la mercantilidad de la sociedad.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**La Administración Distrital** reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, en los alegatos de conclusión y en el recurso de apelación.

**La demandante** transcribió algunos de los argumentos del fallo proferido por el Tribunal. Dijo que esos apartes permitían concluir que la Fundación no era sujeto pasivo del impuesto, pues el objeto social que desarrolla está enunciado en el artículo 31 del Decreto 423 de 1996 como exento de la obligación de pagar el impuesto de Industria y Comercio.

Manifestó que el Distrito pretende aplicar de manera errada el artículo 39 de la Ley 14 de 1983, y reiteró que la fundación no adquirió el carácter de mercantil por el hecho de percibir rendimientos financieros de un contrato de fiducia de inversión y que, por ende, no era sujeto pasivo del impuesto. Que del estudio de las pruebas aportadas al proceso, el Tribunal pudo concluir que la actividad no se ejerció en forma habitual y permanente.

**El Ministerio Público**, encontró infundados los argumentos del recurso de apelación.

Dijo que el numeral 2 del literal d) del artículo 39 de la Ley 14 de 1983 y el literal d) del artículo 35 del Decreto 400 de 1993 tuvieron en cuenta criterios diferentes para establecer quienes no eran sujetos pasivos del impuesto de Industria y Comercio. Que mientras en el primero se fijó la excepción teniendo en cuenta la calidad de sujeto pasivo, en el artículo 35 del Decreto 400 de 1993 se fijó en relación con la actividad que desarrolle la sociedad.

Manifestó que con el fin de aclarar los diferentes criterios frente al tema, el Consejo de Estado estableció en la sentencia del 10 de junio de 2004, Sección Cuarta, M.P. Elizabeth Whitingham García, que las asociaciones profesionales y gremiales no son sujetos pasivos del impuesto, en razón de la actividad que desarrollan, tal como lo manifiesta la Ley 14 de 1983.

Concluyó que la Administración erró al considerar que la obtención de rendimientos financieros, como consecuencia de un contrato de fiducia, era el resultado del ejercicio de actividades mercantiles, ya que la doctrina judicial del Consejo de Estado estableció que las asociaciones profesionales o gremiales sin ánimo de lucro que destinen sus bienes al desarrollo de su objeto social, no son sujeto pasivo del impuesto.

#### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

En los términos del recurso de apelación interpuesto por el Distrito Capital, le corresponde a la Sala decidir si son nulas las Resoluciones Nos. 10855 DDI 063721 del 13 de septiembre de 2006 y DDI 059451 del 20 de junio de 2007, mediante las que la entidad territorial demandada decidió imponer a la parte actora sanción por no declarar el Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros, correspondiente a los períodos 4 al 6 del año gravable 2001 y 1 al 6 de los años gravables 2002 a 2005.

En concreto, le corresponde a la Sala definir si una persona jurídica, constituida como fundación sin ánimo de lucro, es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio en razón de los ingresos que perciba por concepto de rendimientos financieros, específicamente, en virtud de la ejecución de una fiducia de inversión.

Para resolver el caso concreto, la Sala destaca los siguientes hechos a efectos de delimitar la litis:

Mediante varios requerimientos ordinarios de información, el Distrito Capital le solicitó a la parte actora información sobre los ingresos obtenidos durante varias vigencias fiscales del impuesto de industria y comercio.

Mediante acto administrativo de trámite No. 2006 EE208285 del 17 de julio de 2006, la Subdirección de Impuestos a la Propiedad y al Consumo de la Secretaría



de Hacienda de la alcaldía Mayor de Bogotá, emplazó a la actora a presentar las declaraciones tributarias por los siguientes periodos: bimestres 4 a 6 del año 2001, y todos los bimestres de los años 2002 a 2005.

La actora contestó el emplazamiento el 22 de agosto de 2006 (radicado 2006 ER74531).

Mediante Resolución 108555 DDI 063721 del 13 de septiembre de 2006, el Distrito Capital impuso a la parte actora sanción por no declarar, sanción que fue confirmada mediante la Resolución DDI 059451 del 20 de junio de 2007.

En la liquidación oficial, el distrito Capital adujo que “la percepción de ingresos por rendimientos financieros, necesariamente debe considerarse como ingresos gravables pues el origen de los mismos se convierte en el hecho generador del tributo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 400 de 1999 que es del siguiente tenor: *“El hecho generador del Impuesto de Industria, Comercio, Avisos y Tableros, está constituido por el ejercicio o realización directa o indirecta de cualquier actividad industrial, comercial o de servicios en jurisdicción del Distrito Capital, ya se que se cumplan de forma permanente u ocasional, en inmueble determinado, con establecimiento de comercio o sin ellos”*.

También señaló que el artículo 42 del Decreto Distrital 352 de 2002 establece la base gravable del impuesto de industria y comercio y que, según esa norma, está conformada por los ingresos netos del contribuyente obtenidos durante el período objeto de declaración, incluidos los percibidos por rendimientos financieros.

En el recurso de reconsideración, la parte actora alegó que la Fundación era una entidad sin ánimo de lucro cuyo objeto estatutario tenía como finalidad el fomento y la promoción de estudios e investigaciones que realicen profesionales en Colombia, extranjeros residentes, tanto en el país, en el campo de las ciencias naturales, sociales, humanísticas, históricas y exactas, o en el exterior, cuando no existan en el país mecanismos alternativos de financiación. Que la fundación ejecuta actividades medio o instrumentales para generar rendimientos financieros, pero que esos rendimientos financieros no están gravados porque no provienen de una actividad gravada.

En la Resolución que decidió el recurso de reconsideración, el Distrito adujo que evidenció que la parte actora obtuvo ingresos por la ejecución de una actividad comercial que le producía rendimientos financieros susceptibles de ser gravados con el impuesto de industria y comercio. Analizó el objeto social de la Fundación y dijo que de ahí se apreciaba la actividad comercial que realizaba y que, por tanto, los ingresos que percibió por concepto de rendimientos financieros debían considerarse como ingresos gravables. También tuvo en cuenta la información que suministró la parte actora por conducto de su contador público, obrante en los folios 15 a 23 del expediente.

En los citados folios reposa la respuesta que la parte actora hizo al requerimiento de información No. 2006EE 107691. Con esa respuesta, la parte actora suministró el Certificado suscrito por el Contador de la Fundación de los ingresos ordinarios y extraordinarios obtenidos en los bimestres 4, 5 y 6 del año 2001 y cada uno de los seis bimestres de los años gravables 2002, 2003, 2004 y 2005, discriminados por concepto que los generó, indicando el número de la cuenta donde se registraron, describiendo los conceptos de ingresos obtenidos por cada uno de los años solicitados.

Conforme con esos anexos, se aprecia que para los bimestres de julio- Agosto, Septiembre-octubre, noviembre-diciembre del año 2001, y todos los bimestres de los años gravables 2002, 2003, 2004, 2005, la parte actora obtuvo ingresos por concepto de rendimientos financieros de distintos portafolios de inversión.<sup>1</sup>

En los folios 28 y 29 del cuaderno principal del expediente reposa el certificado de existencia y representación legal de la parte actora, cuyo objeto social dice lo siguiente:

“OBJETO: LA FUNDACIÓN TENDRÁ COMO FINALIDAD EL FOMENTO Y PROMOCIÓN DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES QUE REALICEN PROFESIONALES COLOMBIANOS, EXTRANJEROS RESIDENTES, TANTO EN EL PAÍS EN EL CAMPO DE LAS CIENCIAS NATURALES, SOCIALES, HUMANÍSTICAS, HISTÓRICAS Y EXACTAS O EN EL EXTERIOR, CUANDO NO EXISTAN EN EL PAÍS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE FINANCIACIÓN. PARÁGRAFO. LA FUNDACIÓN NO ADELANTARÁ POR SÍ MISMA NINGUNA LABOR DE INVESTIGACIÓN. PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETIVO SEÑALADO EN EL ARTÍCULO ANTERIOR, LA FUNDACIÓN PODRÁ EJERCER LAS SIGUIENTES FUNCIONES: ---A.-CONCEDER FINANCIACIÓN PARA LA ELABORACIÓN Y EJECUCIÓN DE PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN INCLUSO AQUELLOS QUE VAYAN DIRIGIDOS A LA PREPARACIÓN DE TEXTOS.-- -B- FINANCIAR LA TRÁIDA AL PAÍS DE INFORMACIÓN SOBRE COLOMBIA QUE SE HALLE DEBIDAMENTE CATALOGADA EN BIBLIOTECAS, ARCHIVOS O CENTROS DE INVESTIGACIÓN DEL EXTERIOR DE RECONOCIDO PRESTIGIO INTERNACIONAL, EXCEPTO AQUELLA QUE ESTÉ COMERCIALIZADA POR CANALES PROPIOS DE DIFUSIÓN COMO LIBROS, REVISTAS, MICROFILMS, ETC.-C. FINANCIAR LA REALIZACIÓN DE SEMINARIOS EN EL PAÍS, COMO TAMBIÉN LA PARTICIPACIÓN DE CIENTÍFICOS COLOMBIANOS EN SEMINARIOS DE ESTUDIOS AVANZADOS EN EL EXTERIOR.—D.- OTORGAR FINANCIAMIENTO PARA LA TRADUCCIÓN Y PUBLICACIÓN DE TESIS E INVESTIGACIONES SOBRE COLOMBIA REALIZADAS POR AUTORES EXTRANJEROS, RESPECTO A LOS TEMAS OBJETO DE LA FUNDACIÓN.”

En los folios 609 a 624 del cuaderno de antecedentes administrativos figura el “Contrato de Fiducia mercantil para la gestión de Portafolio y Administración de Pagos celebrado entre Fiduciaria Skandia S.A. y la Fundación para la Promoción de la Investigación y la Tecnología”

El objeto del contrato se precisó de la siguiente manera:

“PRIMERA. OBJETO. El objeto del presente contrato es la administración e inversión, por parte de la FIDUCIARIA de un portafolio conformado por las sumas de dinero, los títulos y demás valores que EL FIDEICOMITENTE transfiere en la fecha de firma de este instrumento y los que transfiera durante la ejecución de este contrato, así como el pago de sumas de dinero cuando este último se lo indique a LA FIDUCIARIA. Por virtud de este contrato se constituye un patrimonio autónomo el cual estará conformado por los recursos, títulos y demás valores que entregue EL FIDEICOMITENTE a LA FIDUCIARIA, aquellos que LA FIDUCIARIA adquiera en cumplimiento de este contrato, así como las sumas que

---

<sup>1</sup> “Ren Fid Sudameris Skandia, Rendimientos Skandia Portafolio, admon contratos proye economía y reembolso póliza de seguro de investig”

provengan de los rendimientos y de la realización y liquidación de las inversiones efectuadas por LA FIDUCIARIA en desarrollo de esta fiducia.

Sí EL FIDEICOMITENTE requiere parte de los recursos durante la vigencia de este contrato, LA FIDUCIARIA deberá atender dichas solicitudes de conformidad con lo establecido en el presente documento.

La administración de los bienes, títulos, valores y la inversión de los recursos se realizará en beneficio de EL FIDEICOMITENTE, que es a su vez EL BENEFICIARIO del presente contrato.

(...)

CUARTA. ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS Y PAGO DE OBLIGACIONES. LA FIDUCIARIA se obliga a administrar los bienes y recursos que conforman el portafolio con la mayor diligencia.

(...)

La administración a que se refiere esta cláusula incluye especialmente la inversión de su portafolio con el propósito de obtener rendimientos, el pago de obligaciones a cargo del FIDEICOMITENTE, en el evento de que se invierta en Títulos: el control de los vencimientos de los títulos, el cobro judicial o extrajudicial del capital y los rendimientos, la negociación de los títulos según las condiciones del mercado, los trámites de reposición y cancelación de los mismos cuando a ello hubiere lugar, el suministro de información al FIDEICOMITENTE sobre la evolución del portafolio, el envío de extractos de saldos periódicamente, y todas aquellas actuaciones tendientes al logro del mayor beneficio y menor riesgo para EL FIDEICOMITENTE-BENEFICIARIO.

(...)

QUINTA.- PATRIMONIO AUTÓNOMO. La totalidad de los bienes, títulos, valores y dinero entregados por EL FIDEICOMITENTE y aquellos que se adquieran con el dinero entregado o que llegue a entregarse, así como el producto de los rendimientos y de la realización de las inversiones, descontados los recursos retirados por EL FIDEICOMITENTE, constituirán un PATRIMONIO AUTÓNOMO, cuyo manejo, contabilidad y reportes a la Superintendencia Bancaria se harán en forma separada del patrimonio de LA FIDUCIARIA y del que corresponda a otros negocios fiduciarios. Igualmente LA FIDUCIARIA, cuando realice operaciones, negociaciones o cualquier actividad en desarrollo del presente contrato advertirá que lo hace como administradora del patrimonio autónomo. (...)"

Conforme con los hechos expuestos, la Sala advierte que la controversia surge porque el Distrito Capital alega que la parte actora es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio y de avisos y tableros por ejecutar cierta actividad comercial que, a su juicio, se deriva del objeto social de la Fundación.

Así mismo, alega que los rendimientos que la parte actora obtuvo en desarrollo del contrato de fiducia mercantil están gravados habida cuenta de que de conformidad con el artículo 8º del Acuerdo 21 de 1983, en concordancia con el artículo 35 de la Ley 14 de 1983, se entiende por actividad comercial, además de las señaladas en esas normas, "las demás definidas como tales por el Código de Comercio".

Sobre el primer aspecto, la Sala advierte que si bien es cierto que dentro de las funciones que puede ejercer la fundación está la de conceder financiación para la elaboración y ejecución de proyectos de investigación, esa actividad, *per se*, no es una actividad comercial, pues se ejecuta como mecanismo o instrumento para desarrollar el objeto social principal de la Fundación como es el fomento y la promoción de los estudios e investigación que realicen profesionales colombianos y extranjeros sobre ciertos campos de la ciencia.

Adicionalmente, conforme se desarrolló la investigación en vía administrativa, la Sala aprecia que el Distrito pretendió gravar, en general, todo ingreso que por rendimiento financiero habría percibido la parte actora, sin hacer un análisis sobre el origen de los mismos. Por eso, los valores que el Distrito tuvo en cuenta para imponerle sanción por no declarar se tomaron de las certificaciones que expidió el contador de la fundación con ocasión de la respuesta al requerimiento de información 2006EE 107691 del 11 de mayo de 2006, valores que, como se dijo, tienen su origen en los rendimientos financieros obtenidos de ciertos portafolios de inversión administrados por la Fiduciaria Skandia S.A. en desarrollo de un contrato de fiducia mercantil que suscribió la parte actora con esa Fiduciaria.

Por eso, en la demanda, el Distrito Capital alegó que el contrato de fiducia mercantil es una actividad comercial, de conformidad con el numeral 19 del artículo 20 del Código de Comercio, puesto que este artículo dispone que son mercantiles, para todos los efectos legales, los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil. Que, en consecuencia, los ingresos por rendimientos financieros que la parte actora obtuvo en desarrollo de la fiducia de inversión eran gravables con el impuesto de industria y comercio.

La Sala considera que el artículo 20 del Código de Comercio simplemente lista los actos, las operaciones y las empresas mercantiles y, de manera residual, el numeral 19 alude a los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil para advertir que puede haber otros actos, operaciones o empresas mercantiles diferentes a las enunciadas.

Habida cuenta de que el contrato de fiducia mercantil es un negocio jurídico regulado por el Código de Comercio es un acto mercantil, pero no por ello, quienes celebran tal negocio jurídico pueden ser llamados comerciantes o concluir que realizan una actividad comercial por las siguientes razones:

*De conformidad con el artículo 1226 del Código de Comercio “La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.”*

*El mismo artículo dispone que “solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.”*

De ahí que, el Fideicomitente sea aquella persona natural o jurídica que encomienda a la sociedad fiduciaria una gestión determinada para el cumplimiento de una finalidad. Por eso, en el contrato, la ley o el fideicomitente precisan las instrucciones que debe acatar la Fiduciaria para el desarrollo de la gestión encomendada.

En el caso del Fiduciario, de conformidad con el artículo 3º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se trata de entidades de servicios financieros<sup>2</sup>. Estas sociedades son profesionales en la gestión de negocios, transacciones y operaciones por cuenta de terceros.

Por eso, los negocios, transacciones y operaciones que puede ejecutar una Sociedad Fiduciaria son diversos, pero, esencialmente, como lo dijo el Distrito, en las fiducias de inversión, las Sociedades Fiduciarias<sup>3</sup> invierten el dinero que les entregan terceros en administración. Para el efecto, el Fideicomitente se desprende de la propiedad de los bienes dados en fiducia mercantil para que la Sociedad Fiduciaria constituya un patrimonio autónomo que será objeto de administración.

En el caso concreto, está probado que la parte actora suscribió un contrato de Fiducia mercantil con la empresa Skandia, la que, en calidad de Fiduciaria, se encargó de administrar los recursos que le entregó la parte actora para ese efecto.

La parte actora escogió ese negocio jurídico para la administración de los recursos de la Fundación y, por ende, para cumplir el objeto social para la que fue constituida. Luego, contrario a lo que dijo el Distrito, si son relevantes los fines para los cuales se concertó la Fiducia mercantil, pues si tal negocio jurídico se suscribe para cumplir la finalidad determinada por el constituyente, y la finalidad de la Fundación es, indiscutiblemente, el desarrollo de su objeto social, la Fiducia mercantil se erige como un mero instrumento de administración de los recursos de la Fundación, más no como una actividad supuestamente comercial para obtener lucro.

La Fiducia mercantil sí entraña una actividad lucrativa, pero no de carácter comercial, sino de servicios financieros. En esa medida, la calidad en que actúa la parte actora en dicho contrato permite advertir que quien ejecuta la actividad de servicios financieros es la sociedad fiduciaria. La parte actora simplemente se beneficia de tales servicios financieros que le presta la Sociedad Fiduciaria en procura del desarrollo del objeto social de la Fundación y, por eso, si bien percibe ingresos en virtud del contrato de fiducia mercantil, tales ingresos no provienen de una actividad mercantil, en sí misma considerada, que haya sido ejecutada por la Fundación.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> "Artículo 3º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Para los efectos del presente Estatuto son sociedades de servicios financieros las sociedades fiduciarias."

<sup>3</sup> Artículo 29.2. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Fiducia de inversión. Las sociedades fiduciarias podrán desarrollar operaciones de fideicomiso de inversión mediante contratos de fiducia mercantil, celebrados con arreglo a las formalidades legales, o a través de encargos fiduciarios.

Entiéndese por "fideicomiso de inversión" todo negocio fiduciario que celebren las entidades aquí mencionadas con sus clientes, para beneficio de éstos o de los terceros designados por ellos, en el cual se consagre como finalidad principal o se prevea la posibilidad de invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero, de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente y con lo previsto en el presente Estatuto"

<sup>4</sup> En similar sentido resolvió la Sala la demanda que en acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso cierta Fundación a la que el Distrito sancionó por no declarar el impuesto de Industria y Comercio sobre los ingresos que percibió, entre otros conceptos, como fruto de la inversión de sus activos.

En consecuencia, la Sociedad Fiduciaria es la que ejerce de manera profesional y habitual la actividad de servicios financieros. El Fideicomitente es un simple beneficiario de tales servicios y, por tanto, no ejerce ni una actividad mercantil como lo dijo el Distrito, ni tampoco la de servicios financieros, pues ésta la ejecuta la Sociedad Fiduciaria.

Por lo tanto, de las pruebas valoradas, es evidente que no son objeto del impuesto de industria y comercio los ingresos que por rendimientos financieros percibió la parte actora, pues tales ingresos no provienen de la ejecución de la actividad comercial que le endilgó el Distrito en los actos demandados.

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:**

**CONFÍRMASE** la Sentencia de fecha 12 de junio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "B", dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la parte actora contra el Distrito Capital, contra las Resoluciones Nos. 10855 DDI 063721 del 13 de septiembre de 2006 y DDI 059451 del 20 de junio de 2007, mediante las que la entidad territorial demandada decidió imponer a la parte actora sanción por no declarar el Impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros, correspondiente a los períodos 4 al 6 del año gravable 2001 y 1 al 6 de los años gravables 2002 a 2005.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**  
Presidenta de la Sección

**HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS**

**WILLIAM GIRALDO GIRALDO**

**CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ**