

RENTISTA DE CAPITAL – Es una actividad mercantil y debe llevarse libros de contabilidad

El Tribunal concluyó que ser rentista de capital no es una actividad mercantil, puesto que de conformidad con la citada norma, sólo se catalogaba como tal el hecho de recibir dinero en mutuo a interés para darlo en préstamo. Le asiste razón a la DIAN, puesto que el numeral 3 del artículo 20 del C.Co. también cataloga como acto, operación y empresa mercantil el hecho de “*dar habitualmente dinero en mutuo a interés*”. En esa medida, el demandante sí estaba obligado a llevar contabilidad, puesto que es un hecho reconocido que durante el año 2000 ejerció la actividad de rentista de capital.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO – ARTICULO 20 NUMERAL 3

RENTA PRESUNTIVA POR CONSIGNACIONES EN CUENTAS BANCARIAS Y DE AHORRO – Se aplica a los contribuyentes que llevan contabilidad y que no reportan las consignaciones hechas a sus cuentas bancarias / PRESTAMO DE DINERO HABITUAL – Acto de comercio. Obligación de llevar contabilidad / PRESUNCION POR CONSIGNACIONES – Carga probatoria

Para decidir, la Sala precisa que el a quo reiteró la doctrina judicial del Consejo de Estado, referida a la interpretación del artículo 755-3 E.T., según la cual, la presunción por consignaciones bancarias también se aplica en aquellos casos de contribuyentes obligados a llevar contabilidad que no reportan las consignaciones hechas a las cuentas bancarias de ahorro o corrientes de su propiedad y que no corresponden a las registradas en la contabilidad. Sin embargo, decidió no aplicar al caso concreto esa norma ni esa doctrina judicial, porque infirió que la actividad de rentista de capital no era mercantil y, que, por tanto, el demandante no estaba obligado a llevar contabilidad. Contrario a lo expuesto por el a quo, no es objeto de discusión en el presente proceso que el demandante presta habitualmente dinero a interés. Por lo tanto, es comerciante según los artículos 20 No 3 y 10 del C.Co y está obligado a llevar contabilidad según el artículo 19 ibídem. En consecuencia, en principio sí era pertinente presumir, al tenor del artículo 755-3 E.T., que las consignaciones que le hicieron en las cuentas bancarias que investigó la DIAN, durante el año 2000, generaron una renta del 15%. Por eso, la Sala ha dicho que, para que opere la presunción del artículo 755-3 E.T., deben estar probados los hechos indicadores de la presunción y que, por eso, la prueba indiciaria que obre en el expediente, deben dar cuenta, entre otros hechos, de los siguientes: - De la existencia de cuentas bancarias que: (i) figuren a nombre de terceros o que (ii) siendo tales cuentas del propio contribuyente, no correspondan a las registradas en la contabilidad. De las consignaciones efectuadas en dichas cuentas. De las operaciones realizadas por el contribuyente obligado a llevar contabilidad. De la relación que existe entre el contribuyente y los terceros dueños de las cuentas bancarias, así como con las operaciones que el contribuyente realiza. De la actividad mercantil que ejerce el contribuyente. De la contabilidad que lleva el contribuyente. De las consignaciones que el contribuyente registró en la contabilidad y de las que no correspondan a la misma. De manera que, establecida la presunción, es un derecho de los contribuyentes presentar las pruebas que permitan desvirtuar esa presunción y probar la realidad de los hechos económicos sobre los que les corresponde tributar.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 755-3

PRESUNCION EN MATERIA TRIBUTARIA – No exime al contribuyente de la carga probatoria de demostrar los hechos económicos de su declaración /

SANCION POR INEXACTITUD - Procede cuando se incluyen costos inexistentes

En el caso concreto, la DIAN no presumió la renta gravable sobre las consignaciones detectadas en las cuentas bancarias del demandante, sino que dio por cierto el hecho de que obtuvo ingresos en cuantía de \$307.693.000, tal como lo declaró en el denuncia de renta. Sin embargo, como también declaró costos por \$289.231.000, la DIAN decidió verificar su procedencia. Y, para el efecto, requirió las explicaciones correspondientes. Como la respuesta al requerimiento de explicación no fue satisfactorio porque el contribuyente se empeñó en interpretar que tenía derecho a presumir una renta líquida, incluso menor, a la que establece el artículo 755-3 E.T., esto es, del 6%, y a declarar un costo del 94%, la actuación de la DIAN se ajustó a derecho, pues del citado artículo no se deduce, de ninguna manera, que los contribuyentes pueden llevar como costo un porcentaje inversamente proporcional a la renta presumida. De manera que, el artículo 755-3 E.T. no autoriza a los contribuyentes a utilizar la presunción a su favor para exonerarse de su deber de probar la realidad de los hechos económicos que están obligados a declarar y sobre los cuales deben tributar. En consecuencia, no era a la DIAN, como lo concluyó el a quo, a la que le correspondía demostrar la realidad de los costos que declaró el demandante, sino a este. Además, porque, se insiste, el demandante nunca pretendió probar la realidad de los costos declarados, sino que a su situación jurídica se le aplicara el artículo 755-3 E.T., pero indebidamente interpretado, lo que no es de recibo para la Sala. En cuanto a la sanción por inexactitud, en la medida en que el demandante incluyó costos inexistentes, se configuró la sanción por inexactitud de conformidad con el artículo 647 E.T.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 647

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá D.C., doce (12) de julio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 17001-23-31-000-2003-01424-01(18032)

Actor: WILSON FRANCO CASTRILLON

Demandado: U.A.E. DIAN

FALLO

Decide la sala el recurso de apelación interpuesto por la DIAN, en calidad de autoridad demandada, contra la sentencia de 19 de diciembre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala de Decisión, que dispuso:

“1. **DECLÁRASE** la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión N° 10 064 2002 000052 de 22 de noviembre de 2002, y de la Resolución N° 10-077-2003-0000011 del 1° de octubre de 2003, expedidas por la Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales de Manizales “DIAN” en cuanto con ellas impuso sanción por inexactitud al señor WILSON FRANCO CASTRILLON.(sic)

2. **NIÉGANSE** las demás pretensiones del demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter tributario nacional promovido por el señor WILSON FRANCO CASTRILLON contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Manizales “DIAN”.

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Mediante oficio No. AIA-1285 de octubre 5 de 2001, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Manizales emplazó al demandante para que presentara la declaración del impuesto de renta por el año gravable 2000.

El 1° de noviembre de 2001, el demandante presentó la declaración de renta en la que liquidó un saldo a pagar de \$864.000.

El 22 de noviembre de 2002, la DIAN Manizales formuló liquidación Oficial de Revisión N° 10-064-2002-000052 en la que (i) desconoció deducciones por \$289.231.000, (ii) estableció una renta gravable de \$307.693.000, (iii) fijó el impuesto a cargo en \$98.609.000, (iv) impuso la sanción de inexactitud en cuantía de \$156.910.000, y, (v) liquidó un saldo a pagar de \$255.843.000.

Previa interposición del recurso de reconsideración, la DIAN Manizales, mediante Resolución N° 10-077-2003-0000011 del 1° de octubre de 2003, confirmó la liquidación oficial.

ANTECEDENTES PROCESALES

La demanda

El señor WILSON FRANCO CASTRILLÓN solicitó la nulidad de la liquidación de revisión N° 100642002000052 de noviembre 22 de 2002, y de la resolución N° 10-077-2003-0000011 de octubre 01 de 2003. A título de restablecimiento del derecho solicitó que se le exonere del pago del mayor impuesto determinado y de la sanción impuesta.

Citó como normas violadas, las siguientes:

- Artículos 26, 85, 177,632, 647, 755-3, 786 del Estatuto Tributario.
- Circular 0175 de octubre 29 de 2001, proferida por la DIAN.

En el concepto de la violación explicó que en virtud del emplazamiento para declarar, presentó la declaración de renta del año 2000 en la que calculó costos sobre los ingresos declarados, con fundamento en el artículo 755-3 E.T.

Alegó que la DIAN vulneró el artículo 755-3 E.T., porque desconoció que durante el año 2000 ejerció la actividad mercantil de rentista de capital, pero que como no llevaba contabilidad, decidió declarar una renta presuntiva del 6% de las consignaciones efectuadas a sus cuentas bancarias. Y que, así mismo, calculó costos con fundamento en la misma norma. Que la DIAN decidió desconocerle todos los costos y presumió una renta líquida gravable del 100%. Que lo que debió hacer la DIAN es reconocerle una renta presuntiva del 15% y costos del 85% como lo demanda el artículo 755-3 E.T.

Señaló que la DIAN violó el numeral 8 de la Circular 0175 de 2001 de esa entidad, porque le impuso la sanción por inexactitud. Dijo que conforme con esa circular, las sanciones proceden cuando existen hechos tipificados como generadores de infracción administrativa.

Que también violó el artículo 755-3 E.T., porque, a su juicio, esta norma solo autoriza a la DIAN para determinar una renta líquida presuntiva del 15%, pero que no faculta para la imposición de sanciones.

Alegó que la sanción impuesta es improcedente, porque el hecho de haber declarado los costos conforme lo dispone el artículo 755-3 E.T. no está tipificado como infracción. Que, además, para que se configure la sanción, se debe probar

el daño causado al Estado, lo que no ocurrió en el caso concreto puesto que el dinero que declaró como ingreso en el denuncia objeto de la liquidación oficial, circuló en cuentas bancarias vigiladas por el Estado y respecto de las que se hizo la retención correspondiente del impuesto.

Contestación de la demanda

La DIAN explicó que, en virtud del programa de fiscalización de denuncia a terceros y de los cruces de información que adelantó con entidades financieras, advirtió que al demandante le habían hecho consignaciones que no habían sido declaradas, a ciertas cuentas bancarias de su propiedad, durante todo el año 2000.

Que, por esa razón, lo emplazó para que presentara la declaración de renta por el año 2000, emplazamiento que atendió, puesto que presentó la declaración en la que reportó ingresos brutos en cuantía de \$307.693.000 y costos de \$289.231.000.

Que le solicitó la justificación de los costos, requerimiento que también atendió pero para informar que en el año 2000 se desempeñó como rentista de capital y que, por eso, los costos no correspondían a pagos a terceros, *“sino al capital invertido del cual se obtuvo el rendimiento”*. Que habida cuenta de que el capital invertido no es costo sino patrimonio, y que los costos declarados no fueron justificados, ni probados los requisitos a que alude el artículo 107 E.T., decidió desconocerlos. Que, así mismo, advirtió que el demandante declaró como patrimonio un monto de \$2.000.000, lo que, a su juicio, no era congruente para una persona que declaró ingresos por \$307.693.000 y que después alega que son parte del capital invertido. Que, dado que fue el mismo demandante el que reportó los ingresos, no había lugar a aplicar la presunción por consignaciones bancarias a que alude el artículo 755-3 E.T.

En cuanto a la sanción por inexactitud, dijo que era improcedente porque incluyó costos inexistentes.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Caldas declaró la nulidad de los actos administrativos demandados, *“en cuanto con ellas impuso sanción por inexactitud al señor WILSON FRANCO CASTRILLON”*. Por eso, denegó *“las demás”* pretensiones de la demanda y nada dispuso sobre el restablecimiento del derecho.

Fundamentó la decisión en que, para el año gravable 2000, el demandante era rentista de capital en la medida en que prestaba dinero para obtener una renta. Que, sin embargo, no estaba obligado a llevar contabilidad, porque de conformidad con el numeral 3 del artículo 20 del C.Co., sólo *“el recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo”* constituye actividad mercantil. Que, en consecuencia, y con fundamento en la doctrina judicial del Consejo de Estado sobre la interpretación del artículo 755-3 E.T., no era aplicable al caso concreto esa disposición.

En cuanto a la sanción por inexactitud, dijo que era improcedente porque el demandante no estaba obligado a llevar libros de contabilidad y que, precisamente por eso, no era aplicable al caso concreto el artículo 755-3 E.T. Que, en esa medida, en el caso concreto se presentó una diferencia de criterios entre la administración y el demandante que hacía improcedente la aplicación de la sanción. Que, igualmente, tampoco procedía la sanción por cuanto no se estableció la inexistencia o falsedad de los costos rechazados.

APELACIÓN

La DIAN, en calidad de parte demandada, alegó que el Tribunal inaplicó el numeral 3 del artículo 20 del Código de Comercio, porque dicha disposición cataloga como acto mercantil la dación habitual de dinero en mutuo a interés, actividad que ejerció el demandante.

Que, adicionalmente, desconoció los artículos 26, 85, 107, 771-2, 177 E.T porque no tuvo en cuenta el procedimiento que debe seguirse para obtener la renta líquida y los requisitos que se deben cumplir para acreditar los costos.

Insistió en que se rechazaron los costos porque el demandante los justificó aduciendo que correspondían al capital invertido, lo que, a juicio de la entidad demandada no es pertinente, puesto que el capital hace parte del patrimonio de las personas y que, en el caso concreto, la demandante reportó un patrimonio de \$2.000.000.

Que, así mismo, el demandante no aportó las pruebas de los costos declarados y que, en esa medida, contravino el artículo 632 del E.T.

Reiteró que fue la DIAN la que logró establecer que el contribuyente, en ejercicio de sus actividades como rentista de capital, obtuvo los ingresos que finalmente declaró en su denuncia rentística. Que, por eso, no era aplicable al caso concreto el artículo 755-3 E.T. toda vez que, las pruebas recaudadas dan cuenta de los ingresos que obtuvo el demandante.

Sobre la sanción por inexactitud, pidió que se confirmara porque se configuraron los presupuestos para imponerla.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante no presentó alegatos. **La DIAN** reiteró lo dicho en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación.

El Ministerio Público no rindió concepto

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la U.A.E. DIAN, la Sala debe establecer si son nulos los actos administrativos que modificaron la

liquidación privada del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2000, del demandante.

Para el efecto, la Sala debe establecer si el a quo inaplicó el numeral 3º del artículo 20 del Código de Comercio, a efectos de establecer si la actividad de rentista de capital es mercantil y, por ende, si el demandante estaba obligado a llevar contabilidad. En ese contexto fáctico, se analizará si era aplicable al caso concreto el artículo 755-3 E.T. o si el demandante debió probar los costos declarados.

De la violación del numeral 3 del artículo 20 del Código de Comercio.

El apoderado de la DIAN alegó que el Tribunal incurrió en violación del numeral 3 del artículo 20 del Código de Comercio, por falta de aplicación y que, por eso, la decisión que tomó está errada.

El numeral 3 del artículo 20 C.Co dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 20. ACTOS, OPERACIONES Y EMPRESAS MERCANTILES.
Son mercantiles para todos los efectos legales:

3) El recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo, y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés; (...)”

El Tribunal concluyó que ser rentista de capital no es una actividad mercantil, puesto que de conformidad con la citada norma, sólo se catalogaba como tal el hecho de recibir dinero en mutuo a interés para darlo en préstamo.

Le asiste razón a la DIAN, puesto que el numeral 3 del artículo 20 del C.Co. también cataloga como acto, operación y empresa mercantil el hecho de “dar

habitualmente dinero en mutuo a interés". En esa medida, el demandante sí estaba obligado a llevar contabilidad, puesto que es un hecho reconocido que durante el año 2000 ejerció la actividad de rentista de capital.

De si era aplicable al caso concreto el artículo 755-3 E.T.

El demandante adujo que al caso concreto le era aplicable el artículo 755-3 E.T., porque conforme con esa disposición, se presume que los valores consignados en cuentas bancarias o de ahorro que figuren a nombre de contribuyentes obligados a llevar contabilidad generan una renta líquida gravable equivalente al 15% del valor total de las consignaciones.

Reconoció que en el denuncia privado calculó una renta líquida gravable del 6% sobre el monto de ingresos declarados y que el resto lo llevó como costo.

El Tribunal descartó la aplicación, al caso concreto, del artículo 755-3 E.T., pero también precisó que la DIAN no probó que los costos fueran falsos o inexistentes.

La DIAN controvierte la decisión del a quo, puesto que insiste en que hizo las averiguaciones del caso y que fue el mismo demandante el que confesó que el rubro que declaró como costo no se originaba en el pago a terceros, sino que correspondía al capital invertido en los préstamos.

Para decidir, la Sala precisa que el a quo reiteró la doctrina judicial del Consejo de Estado¹, referida a la interpretación del artículo 755-3 E.T., según la cual, la presunción por consignaciones bancarias también se aplica en aquellos casos de contribuyentes obligados a llevar contabilidad que no reportan las consignaciones hechas a las cuentas bancarias de ahorro o corrientes de su propiedad y que no

¹ Entre otras, las sentencias del 1º de marzo de 2002, expediente 170012331000199081301 (12354) y del 15 de noviembre de 2007, expediente 41001233100020010125401 (15636), Consejero ponente Juan Ángel Palacio Hincapié; del 12 de julio de 2007, expediente 76001232500020000226501 (14974) y del 12 de diciembre de 2007, expediente 76001232500020000091901 (15044), Consejero ponente Héctor J. Romero Díaz. sentencias de 21 de marzo de 2002, expediente 12354 y de 3 de marzo de 2005, expediente 13978, C. P. doctor Juan Ángel Palacio Hincapié.

corresponden a las registradas en la contabilidad. Sin embargo, decidió no aplicar al caso concreto esa norma ni esa doctrina judicial, porque infirió que la actividad de rentista de capital no era mercantil y, que, por tanto, el demandante no estaba obligado a llevar contabilidad.

Contrario a lo expuesto por el a quo, no es objeto de discusión en el presente proceso que el demandante presta habitualmente dinero a interés. Por lo tanto, es comerciante según los artículos 20 No 3 y 10 del C.Co y está obligado a llevar contabilidad según el artículo 19 ibídem.

En consecuencia, en principio sí era pertinente presumir, al tenor del artículo 755-3 E.T., que las consignaciones que le hicieron en las cuentas bancarias que investigó la DIAN, durante el año 2000, generaron una renta del 15%.

Sin embargo, habida cuenta de que el demandante decidió atender el emplazamiento para declarar, era su deber presentar el denuncia rentístico conforme con la realidad de su actividad económica. En esa medida, si reportó ingresos por \$307.693.000, no podía detraer de los mismos un total de \$289.231.000, a título de costos, sin probar que cumplían los requisitos exigidos por el E.T. para ser tratados como tales.

La presunción de que trata el artículo 755-3 E.T. es de aplicación exclusiva de las autoridades tributarias para efectos de formular liquidaciones oficiales de revisión o liquidaciones de aforo, porque las presunciones son aquellos *hechos* que la ley tiene por *ciertos* sin necesidad de que sean probados.²

Por eso, la Sala ha dicho³ que, para que opere la presunción del artículo 755-3 E.T., deben estar probados los hechos indicadores de la presunción y que, por

² DRAE.

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. CONSEJERO PONENTE: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil doce (2012). Radicación: 760012331000200105206-01. No. Interno: 17684. Asunto: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Demandante: JUAN MANUEL DURÁN CASTRO. Demandado: U.A.E. DIAN.

eso, la prueba indiciaria que obre en el expediente, deben dar cuenta, entre otros hechos, de los siguientes:

- De la existencia de cuentas bancarias que: (i) figuren a nombre de terceros o que (ii) siendo tales cuentas del propio contribuyente, no correspondan a las registradas en la contabilidad.
 - De las consignaciones efectuadas en dichas cuentas.
 - De las operaciones realizadas por el contribuyente obligado a llevar contabilidad.
 - De la relación que existe entre el contribuyente y los terceros dueños de las cuentas bancarias, así como con las operaciones que el contribuyente realiza.
 - De la actividad mercantil que ejerce el contribuyente.
 - De la contabilidad que lleva el contribuyente.
 - De las consignaciones que el contribuyente registró en la contabilidad y de las que no correspondan a la misma.

De manera que, establecida la presunción, es un derecho de los contribuyentes presentar las pruebas que permitan desvirtuar esa presunción y probar la realidad de los hechos económicos sobre los que les corresponde tributar.

En el caso concreto, la DIAN no presumió la renta gravable sobre las consignaciones detectadas en las cuentas bancarias del demandante, sino que dio por cierto el hecho de que obtuvo ingresos en cuantía de \$307.693.000, tal como lo declaró en el denuncia de renta.

Sin embargo, como también declaró costos por \$289.231.000, la DIAN decidió verificar su procedencia. Y, para el efecto, requirió las explicaciones correspondientes. Como la respuesta al requerimiento de explicación no fue satisfactorio porque el contribuyente se empeñó en interpretar que tenía derecho a presumir una renta líquida, incluso menor, a la que establece el artículo 755-3 E.T., esto es, del 6%, y a declarar un costo del 94%, la actuación de la DIAN se

ajustó a derecho, pues del citado artículo no se deduce, de ninguna manera, que los contribuyentes pueden llevar como costo un porcentaje inversamente proporcional a la renta presumida.

De manera que, el artículo 755-3 E.T. no autoriza a los contribuyentes a utilizar la presunción a su favor para exonerarse de su deber de probar la realidad de los hechos económicos que están obligados a declarar y sobre los cuales deben tributar.

En consecuencia, no era a la DIAN, como lo concluyó el a quo, a la que le correspondía demostrar la realidad de los costos que declaró el demandante, sino a este. Además, porque, se insiste, el demandante nunca pretendió probar la realidad de los costos declarados, sino que a su situación jurídica se le aplicara el artículo 755-3 E.T., pero indebidamente interpretado, lo que no es de recibo para la Sala. En consecuencia, prospera el cargo de apelación.

En cuanto a la sanción por inexactitud, en la medida en que el demandante incluyó costos inexistentes, se configuró la sanción por inexactitud de conformidad con el artículo 647 E.T.

El demandante también interpretó erróneamente el artículo 753-3 E.T., por cuanto pensó que esa norma regulaba la posibilidad de liquidar una renta líquida del 15% a título de sanción, lo que es incorrecto. Prospera la apelación.

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

F A L L A:

REVÓCASE la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas dictada el 19 de diciembre de 2008, dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por WILSON FRANCO CASTRILLÓN contra la U.A.E. DIAN.

En su lugar, **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

RECONÓCESE personería al abogado Sebastián Pinilla Mogollón, como apoderado de autoridad demandada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

**HUGO FERNANDO BASTIDAS
BÁRCENAS**

Presidente

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE
VALENCIA**

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

**CARMEN TERESA ORTIZ DE
RODRÍGUEZ**

