

**COMERCIANTE – Definición. Prueba de dicha calidad / LIBROS DE CONTABILIDAD – Obligación de tenerlo quien tiene la calidad de comerciante / INSCRIPCION EN CAMARA DE COMERCIO – No determina la calidad de comerciante / COMERCIANTE – Está obligado a llevar contabilidad / RENTA PRESUNTIVA POR CONSIGNACIONES EN CUENTAS BANCARIAS Y DE AHORRO – Para que proceda es requisito que el registro de los libros de contabilidad**

El artículo 10 del Código de Comercio define que éstos son: “Las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona” .Es evidente que de la investigación adelantada por la DIAN y los documentos relacionados se desprende que el señor Martínez Enciso ejecuta, desde antes del año 2002, operaciones mercantiles de las que surge la obligación de registrarse como comerciante y cumplir todos los deberes que de dicha calidad se derivan. Sin embargo, es pertinente aclarar que la calidad de comerciante no se ostenta por la inscripción en la Cámara de Comercio, sino por las operaciones que se ejecutan. Además, “nadie puede invocar en su favor su propia culpa”, de manera que el incumplimiento del demandante respecto del registro mercantil, no lo eximía de la calidad de comerciante ni de las obligaciones inherentes a la misma. En lo que hace a la obligación de llevar libros de contabilidad, verificada la actividad mercantil ejecutada por el actor, de la cual se deriva la obligación de registrarse como comerciante en la Cámara de Comercio con las consecuentes obligaciones, entre las que se encuentra la de llevar contabilidad, se observa para el caso de autos, que el contribuyente Jairo Martínez Enciso, a pesar de tener la calidad de comerciante, solo cumplió con el deber de inscribirse como tal, el 19 de abril de 2004, circunstancia que no lo exonera de las responsabilidades inherentes a su actividad, ya que la calidad de comerciante depende de los actos que ejecuta y no de la inscripción en la Cámara de Comercio, y, además porque “A nadie le es dable invocar en su favor su propia culpa”. Ahora como lo puntualiza el a quo, el numeral 4° del artículo 23 del Código de Comercio incluye entre los actos que no se consideran mercantiles: “Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural. Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa”. No es éste el caso del demandante, dado que los productos que enajena son derivados lácteos transformados (Queso, mantequilla, yogurt etc) y lo hace por medio de la empresa “Valle Verde”, lo que comercialmente lo obliga a llevar libros de contabilidad. Queda aclarado entonces, no solo el origen y valor de las consignaciones efectuadas en las cuentas del actor durante el año 2002, sino la calidad de comerciante del mismo y su obligación de llevar contabilidad debidamente registrada, la cual, como lo afirma la demandante, es una exigencia sine qua non para dar aplicación a la presunción consagrada por el artículo 755-3 E.T.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE COMERCIO – ARTICULO 20 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 755-3

**RENTA PRESUNTIVA POR CONSIGNACIONES EN CUENTAS BANCARIAS Y DE AHORRO – Presupuesto fáctico / PRESUNCIONES LEGALES – Admiten prueba en contrario. Carga de la prueba en materia tributaria / PRESUNCION POR CONSIGNACION EN CUENTAS BANCARIAS – La carga de la prueba la tiene el contribuyente**

El artículo 755-3 E.T. consigna como presupuesto fáctico la expresión de que las cuentas “figuren a nombre de terceros o no correspondan a las registradas en la contabilidad”. Nótese que las dos expresiones están unidas por una o, disyuntiva, no copulativa, lo que significa que la ocurrencia de cualquiera de las dos circunstancias configura la causal para aplicar la presunción. Además, si la presunción se configura cuando las consignaciones se efectuaron en cuentas pertenecientes a terceros, con mayor razón es procedente aplicarla cuando se trata de cuentas propias, y no logra demostrarse la procedencia del ingreso. Se encuentra debidamente probado que las dos cuentas corrientes y tres de ahorro en que fueron consignadas las sumas que sirvieron de base para aplicar la presunción, pertenecen al actor y que no figuraban en la contabilidad dado que el contribuyente, estando obligado a llevarla, no había cumplido con el registro de los libros que corresponden, situación que no lo exime de la obligación de declarar los ingresos percibidos y que, sin duda alguna, da lugar para aplicar la presunción que se discute. El artículo 176 del Código de Procedimiento Civil ordena que “Las presunciones establecidas por la ley, serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”. Constituye indicio grave el hecho de que las consignaciones tomadas como base para establecer la presunción hayan sido efectuadas en cuentas del demandante, que se hayan realizado durante el año gravable en estudio y que no hayan sido declaradas, hechos que se encuentran debidamente probados. Demostrado el ingreso a dichas cuentas, correspondía al actor la carga de la prueba del hecho alegado, esto es, demostrar que el origen de las sumas consignadas no estaba relacionado con actos mercantiles y la circunstancia que las hacía no constitutivas de renta. Sin embargo, el actor no aportó al proceso administrativo ni al jurisdiccional ningún elemento probatorio, sino que se limitó a negar la existencia de tales ingresos como propios, así como su calidad de comerciante, sin allegar ningún elemento que pudiera desvirtuar el acto demandado, lo que hace que no tengan curso positivo las súplicas de la demanda.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 176 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 755-3

## **CONSEJO DE ESTADO**

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

#### **SECCION CUARTA**

**Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**

Bogotá D.C, trece (13) de junio de dos mil once (2011)

**Radicación número: 17001-23-31-000-2007-00226-01(17983)**

**Actor: JAIRO MARTINEZ ENCISO**

**Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES**

**FALLO**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 30 de julio de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, que negó las pretensiones de la demanda interpuesta por el contribuyente JAIRO MARTÍNEZ ENCISO contra la Liquidación Oficial de Revisión proferida por la Administración de Impuestos y Aduanas de Manizales, correspondiente al impuesto sobre la renta y complementarios por el ejercicio gravable 2002.

## I- ANTECEDENTES

### 1- HECHOS:

La División de Fiscalización de la Administración de Impuestos de Manizales, en desarrollo del programa “Omisos renta 2002”, una vez verificada la obligación de declarar mediante información bancaria, remitió al actor emplazamiento para declarar por los citados impuesto y año gravable, el cual no fue atendido en su oportunidad.

El 30 de enero de 2004 el demandante presentó la declaración de renta por el año gravable 2002<sup>1</sup>. En dicho documento incluyó ingresos por \$19.650.000 y liquidó un valor a pagar de \$487.000, razón por la cual, el 20 de octubre de 2005 la entidad tributaria le profirió emplazamiento para corregir<sup>2</sup>, dada la diferencia entre lo declarado y lo informado por las entidades bancarias como consignaciones en el referido año.

Ante la negativa del contribuyente a corregir el denuncia presentado, la administración notificó, el 28 de diciembre de 2005, el requerimiento especial N° 100762005000042 de fecha 22 del mismo mes<sup>3</sup>, y derivada de éste, la Liquidación Oficial de Revisión N° 100642006000019, notificada el 11 de septiembre de 2006, la cual determinó ingresos por \$183.548.000 y un valor a pagar de \$163.057.000, acto administrativo que no fue objeto de recurso alguno en la vía gubernativa, dado que el contribuyente acudió “*per saltum*” en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa.

### 2- LA DEMANDA:

**2.1- PRETENSIONES:** El demandante solicita que se declare la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión por medio de la cual se modificó la liquidación privada del impuesto sobre la renta por el año gravable 2002.

Como restablecimiento del derecho solicita que se declare en firme la liquidación privada incluida en la declaración presentada el 30 de enero de 2004, o en su defecto, que se practique una nueva liquidación del citado tributo por la anualidad discutida.

**2.2- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:** Invocó como disposiciones violadas los artículos 755-3, 647, 683 y 684 del Estatuto Tributario, y soportó su alegato con los siguientes argumentos:

Para comenzar, tilda el proceso gubernativo de arbitrario, por haberle tenido en cuenta para determinar el ingreso el valor de las consignaciones bancarias, asumiendo que ellas eran producto de una actividad mercantil, sin verificar previamente la existencia de un establecimiento de comercio, ni tener en cuenta la

---

<sup>1</sup> Folio 3 c.a.

<sup>2</sup> Folios 21 a 24 c.a.

<sup>3</sup> Folios 195 a 205 c.a.

información del contribuyente, donde se dijo que dichas consignaciones provenían de la empresa familiar de la cual es declarante su esposa, dedicada a la venta de productos lácteos.

Continúa afirmando que en el expediente no están probados los “indicios graves” a que alude la norma, ni las consignaciones figuran a nombre de terceros como lo exige el artículo 755-3 E.T, norma que pretende aplicar la administración. Tampoco se da la premisa de que los valores no corresponden con los registrados en la contabilidad, porque el contribuyente no estaba obligado a llevar contabilidad por no ser comerciante, por lo tanto, la entidad tributaria debió ordenar una inspección contable para determinar si los ingresos pertenecían al actor o a su señora.

Es cierto que la legislación colombiana permite considerar los indicios como medios de prueba, de manera que permita al juez establecer la certeza de un determinado hecho, pero también es necesario que el indicio se ajuste a la realidad y no simplemente que con el argumento de que existe un indicio, se de por cierta la premisa sancionatoria.

El artículo 248 del C.P.C. establece que *“Para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso”*, y el 250 ib. expresa que *“El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso”*.

Así las cosas, no es posible imputar al demandante la presunción del artículo 755-3 E.T. por no cumplirse los presupuestos previstos en la disposición, como son los hechos de que las cuentas bancarias figuren a nombre de terceros y la existencia de la contabilidad, y el actor no lleva contabilidad porque no ejerce ninguna actividad comercial que lo obligue a ello.

La DIAN considera que no es factible aceptar que los ingresos pertenecen a la empresa familiar que maneja su esposa, por no coincidir las cifras con las declaradas por ella, y que el hecho de que no esté registrado como comerciante no puede ser aprovechado en su favor para no cumplir sus responsabilidades. No obstante, el que las consignaciones no coincidan con lo declarado por la señora Murillo, ni por el demandante, no indica que la diferencia sean ingresos omitidos, porque los valores consignados pueden traer saldos de años anteriores, ser el resultado de créditos, de sobregiros etc, lo que se debió verificar con una inspección tributaria y contable.

No existe en el expediente investigación ni documento alguno que demuestren la existencia de una actividad comercial, lo que hace imprescindible establecer los “indicios graves” para cumplir las exigencias legales de la presunción.

Respecto de la sanción por inexactitud impuesta como consecuencia de las consignaciones bancarias, se debe levantar por no estar probado que se trate de ingresos omitidos.

### **3. CONTESTACIÓN:**

La DIAN argumenta su oposición de la siguiente manera:

Analizada la declaración presentada por el contribuyente frente a la información reportada por terceros, se observan inconsistencias en las cifras de la declaración,

habida cuenta de que el contribuyente declaró ingresos totales por el año 2002 en cuantía de \$19.650.000 y la administración de Manizales, previo envío de oficios a las sucursales bancarias de La Dorada (Caldas) en los que se solicitaba la remisión de los extractos bancarios pertenecientes al actor por los años 2001 y 2002<sup>4</sup>, el 19 de octubre de 2005 obtuvo respuestas a los mismos<sup>5</sup>, acompañadas de fotocopias de los extractos bancarios por el año en estudio<sup>6</sup>, evidenciando como resultado consignaciones efectuadas en las cuentas pertenecientes al señor Martínez Enciso durante el año 2002, por un total de \$1.173.767.157, mientras el demandante incluyó en su denuncia rentístico por la misma vigencia un total de ingresos de \$19.650.000, lo cual arroja una diferencia de \$1.154.117.157, suma que genera una renta gravable de \$173.117.574, que corresponde al 15% de la citada diferencia, en aplicación del artículo 755-3 E.T.

Requerido el actor afirmó que los valores consignados en dichas cuentas pertenecían a ingresos de su esposa quien se dedica a la elaboración de productos lácteos y que se habían incluido en la declaración por ella presentada por el año 2002.

Con el fin de verificar la información del contribuyente, se ofició a la señora Noralba Murillo Ciro para que remitiera relación detallada de los ingresos recibidos durante los años 2001 y 2002. Dicha señora en su respuesta incluyó un informe de facturación por cliente rubricada por contador público<sup>7</sup> así como el denuncia rentístico por ella presentado, en el que declaró ingresos brutos en cuantía de \$481.821.000, cifra que dista considerablemente del valor de las consignaciones cuestionadas.

Por otra parte, de la investigación efectuada por la DIAN, se colige que el actor ejecutaba desde hacía varios años operaciones mercantiles, en consecuencia estaba en la obligación de registrarse en la Cámara de Comercio y cumplir las obligaciones que de tal calidad se derivan, entre ellas la de llevar contabilidad, ya que la calidad de comerciante se desprende de las operaciones que se ejecutan y no de la inscripción en dicha entidad.

El acopio probatorio adjunto al proceso constituye un “Indicio Grave” que permite establecer que pertenecen a ingresos originados en operaciones realizadas por el demandante y no por su esposa, lo que hace posible aplicar la presunción “*iuris tantum*” consagrada por la norma, la cual si bien admite prueba en contrario, no se ha allegado demostración alguna en contrario de lo consignado en los actos administrativos que modifique lo actuado.

No existe tampoco falsa motivación, ni vulneración del espíritu de justicia, dado que existen en el expediente motivos suficientes para demostrar la responsabilidad del demandante, respecto de los hechos que se le imputan, sin que se hayan aportado por su parte elementos probatorios que desvirtúen los fundamentos de los aludidos actos.

Igualmente la administración se ajustó a la norma tributaria respecto de la sanción por inexactitud, conforme con el acervo probatorio y en aplicación de las causales determinadas en el artículo 647 entre las que se encuentra la de omitir ingresos gravados.

---

<sup>4</sup> Folios 15 a 20 c.a.

<sup>5</sup> Folios 31 a 191 c.a.

<sup>6</sup> Folios 227 a 831 c.a.

<sup>7</sup> Folios 864 a 966 c.a.

## II- LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Caldas negó las pretensiones de la demanda, basado en los siguientes argumentos:

El artículo 10 del Código de Comercio define quienes tienen la calidad de comerciantes, y advierte que tal calidad se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona.

Mientras una persona, natural o jurídica, desarrolle una actividad mercantil habitualmente se le considera comerciante y, por tanto, tiene la obligación de inscribirse en la Cámara de Comercio y de llevar libros de contabilidad, como lo dispone el artículo 19 ib.

En cuanto a los agricultores y ganaderos, no están obligados a llevar contabilidad si enajenan sus productos en estado natural, pero si los transforman y comercializan mediante una empresa, tiene la obligación de llevarla.

La contabilidad constituye un medio de prueba oponible a terceros, siempre que se lleve en debida forma, y su incumplimiento trae consecuencias como la imposibilidad de deducir costos y gastos, además de exponerse a las sanciones que contempla la legislación tributaria colombiana.

El artículo 755-3 E.T. consagra una presunción legal que permite determinar la renta gravable del contribuyente, con base en los valores consignados en las cuentas bancarias, siempre que existan indicios graves de que los valores consignados en cuentas de terceros o en las del contribuyente no registradas en la contabilidad corresponden a ingresos propios.

Por tanto, para que opere la presunción prevista por el artículo 755-3 E.T. deben concurrir los siguientes elementos: 1) Que se acredite la existencia de cuentas corrientes o de ahorros a nombre de terceros o del propio contribuyente que no correspondan a las registradas en su contabilidad. 2) Que el contribuyente esté obligado a llevar contabilidad, y c) que se presenten indicios graves de que los valores consignados en dichas cuentas corresponden a ingresos originados en operaciones realizadas por el contribuyente.

Establecidas las anteriores condiciones, la norma genera la presunción de que el 15% del valor total de las consignaciones realizadas en dichas cuentas durante el periodo gravable, corresponde a renta líquida gravable del contribuyente.

El actor argumenta que la disposición del artículo tratado no le era aplicable para la vigencia 2002, por no cumplir ninguno de los requisitos exigidos en ella.

El *a quo* analiza los requisitos exigidos, como sigue:

**a) Cuentas bancarias a nombre de terceros o del contribuyente:** El actor es el directo titular de las cuentas bancarias relacionadas, en Bancolombia, Banco Caja Social, Colmena y el Banco Cafetero para la vigencia fiscal 2002.

**b) Obligación de llevar contabilidad.** Al demandante se le dio la oportunidad de probar la ausencia de obligación respecto de la contabilidad y para desvirtuar las imputaciones realizadas por la administración tributaria; sin embargo, se observa que el contribuyente no dio respuesta al emplazamiento para corregir, ni

presentó recurso de reconsideración contra la liquidación oficial, únicamente dio respuesta al requerimiento especial, pero con ella no aportó prueba alguna que validara los supuestos de hecho afirmados en tal escrito.

Por el contrario, obran en el expediente documentos donde se demuestra que el señor Martínez Enciso realizó diversas solicitudes de productos en entidades bancarias y en ellas se identifica como comerciante de lácteos desde el año 1989<sup>8</sup>, actividad similar a la realizada por la conyuge y solicitud de un crédito para “Compra de empacadora al vacío y tanques para almacenamiento de leche” a su nombre<sup>9</sup>, donde informa como actividad la de administrador de la empresa “Comestibles Valle Verde”, comercializadora de productos lácteos.

Finalmente, el actor se matricula como persona natural en la Cámara de Comercio de Manizales el 19 de abril de 2004 reportando como actividad económica la “compra y venta de ganado, insumos agropecuarios, leche y sus derivados”, hecho que si bien se presentó con posterioridad al año gravable constituye un indicio más de que venía desarrollando la misma actividad mercantil, por lo que no le basta afirmar que no ejerce la actividad de comerciante ya que dicha condición se adquiere con la ejecución de actividades mercantiles y no solo con el registro aludido, y ésta no ha sido desvirtuada por el contribuyente, al no demostrar un origen diferente de la actividad comercial para las consignaciones reportadas.

**c) Indicios graves de que los valores consignados en las cuentas bancarias corresponden a operaciones realizadas por el contribuyente y que no han sido incluidas en su contabilidad.** El actor declaró unos ingresos gravables de \$19.650.000, suma muy diferente al resultado de las consignaciones bancarias en sus cuentas, cuya diferencia asciende a \$ 1.092.650.126,21, lo que arroja como resultado una renta líquida gravable de \$183.547.518,93.

La anterior situación, constituye un indicio grave en contra del demandante por cuanto las consignaciones son mayores a los ingresos declarados, por lo que la diferencia resulta ser un ingreso omitido.

Además, requerida la señora Noralba Murillo Ciro, esposa del actor, aportó prueba que conduce a determinar que los valores declarados por dicha señora no son los mismos que aparecen verificados en las consignaciones bancarias del señor Martínez Enciso, por no existir prueba en contrario.

Respecto de la sanción por inexactitud, al no ser desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, se confirma la existencia de omisión de ingresos en la declaración de renta del periodo en estudio, por lo que se configura la causal consagrada por el artículo 647 E.T. para sancionar.

Así las cosas no prosperan las pretensiones del demandante, toda vez que, demostrado plenamente el ingreso a las cuentas bancarias del actor, correspondía a éste, de acuerdo con la exigencia del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 267 C.C.A. la carga de la prueba del hecho alegado, circunstancia que no fue demostrada ni en vía gubernativa, ni ante la jurisdicción.

### III- RECURSO DE APELACION

#### 3.1. SUSTENTACIÓN:

---

<sup>8</sup> Folio 72 c.a.

<sup>9</sup> Folios 103 a 106 c.a.

**La actora** admite que la existencia de consignaciones en las cuentas bancarias del contribuyente puede, dentro de un contexto lógico, considerarse “indicio grave” para aplicar la presunción del artículo 755-3 E.T. Sin embargo, objeta el hecho de no aceptar la explicación suministrada por éste, respecto a que en la actividad comercial del matrimonio, por razones de seguridad, no aparece el señor Martínez Enciso como responsable exclusivo, sino que éste manejaba las cuentas que componían en buena parte los ingresos de la señora Noralba Murillo Ciro.

Aduce también que las autoridades tributarias pasaron por alto que uno de los requisitos para aplicar la presunción bancaria era que “*los valores consignados en las cuentas bancarias o de ahorro figuraran a nombre de terceros*”, y en éste caso estaban a nombre del mismo contribuyente, sin que esa circunstancia se hubiera tenido en cuenta al efectuar el acto administrativo.

Se cuestiona además, el hecho de que no se realizara una inspección tributaria al establecimiento de la señora Murillo y la razón por la cual, si la administración consideraba que el actor estaba obligado a registrar libros de contabilidad, no impuso la sanción que ordena el artículo 655 E.T, interrogantes a los cuales la misma apoderada responde, que la inspección no fue ordenada porque la declaración de la contribuyente Murillo ya estaba en firme y la sanción no se impuso porque el contribuyente no estaba obligado a llevar contabilidad, por lo que tampoco era factible aplicarle la presunción por consignaciones bancarias.

Concluye su aserto tildando de parcializada la opinión del *a quo*, dado que el hecho de no haber respondido el emplazamiento para corregir ni haber hecho uso del recurso de reconsideración, legalmente no puede acarrear resultados adversos al contribuyente, ya que hacer o no uso del derecho que se le confiere es opcional y no afecta para nada el curso del proceso.

### **3.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

La **demandante** reitera en su totalidad los argumentos expuestos en la demanda y en la apelación, y enfatiza en que hay personas que están obligadas por la ley comercial a llevar contabilidad, pero desde el punto de vista fiscal no lo están, como los comerciantes que pertenecen al régimen simplificado del IVA, quienes solo están obligados a llevar un libro fiscal de registro de operaciones de acuerdo con la orden impartida por el artículo 616 E.T. De dicha premisa concluye que, independientemente de que su poderdante sea comerciante, lo realmente importante para aplicar la presunción del artículo 755-3 E.T. era que fiscalmente estuviera obligado a llevar libros de contabilidad.

**La demandada** hace hincapié en que la existencia de la contabilidad se presume en todos los casos que la ley impone la obligación de llevarla, luego, estando demostrado que el contribuyente ejercía una actividad mercantil para el año 2002, estaba obligado a llevar contabilidad y, por ende, era procedente la aplicación de la presunción por consignaciones bancarias.

## **IV- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

La procuraduría delegada no intervino en esta etapa del proceso.

## **V- CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Corresponde a la Sala decidir sobre la procedencia en derecho de la Liquidación Oficial de Revisión por medio de la cual la DIAN determinó el impuesto sobre la



renta y complementarios correspondiente al año gravable 2002, a cargo del contribuyente JAIRO MARTÍNEZ ENCISO.

En los términos del recurso de apelación instaurado por el actor, se debe precisar si es procedente confirmar la decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, o si, por el contrario, la Administración de Impuestos obró dentro de las previsiones legales vigentes.

**5.1.** La Administración de Impuestos de Manizales, mediante cruces de información exógena, detectó que el actor tenía la obligación de presentar declaración de renta y complementarios por la vigencia gravable 2002, lo que le permitió incluirlo en el programa “Omisos”, una vez verificado el incumplimiento de dicho deber legal.

Lo anterior trajo como consecuencia que el contribuyente presentara la correspondiente declaración en forma extemporánea, el 30 de enero de 2004, en la cual incluyó un ingreso total de \$19.650.000, cifra muy diferente a la obtenida por la administración tributaria mediante cruces con las entidades bancarias que certificaron la existencia de cuentas a nombre del señor Martínez Enciso, en las cuales se realizaron dentro del período fiscal 2002, las siguientes consignaciones:

BANCO	TIPO DE CUENTA	N° DE CUENTA	VR. CONSIGNADO	FOLIOS
Bancolombia	Corriente	51-165836-08	\$476.066.299	31 a 56
Banco Colmena	Ahorros	052650-002168-1	435.869.606	79 a 100
Banco C. Social	Corriente	50160000638-9	155.599.861	125 a 138
Banco Cafetero	Ahorros	427-53809-5	104.021,23	168 a 191
Banco Cafetero	Ahorros	427-00985-7	106.127.369,98	142 a 167
<b>TOTAL</b>			<b>1.173.767.157,21</b>	

Establecida la inconsistencia anotada, se instó al contribuyente mediante emplazamiento para corregir a que incluyera en su denuncia rentístico los valores reportados, propuesta que no fue acogida por éste, lo que motivó a continuar el proceso de determinación del tributo aludido, y a dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 755-3, que ordena:

*“Cuando existan indicios graves de que los valores consignados en cuentas bancarias o de ahorro, que figuren a nombre de terceros, o **no correspondan a las registradas en la contabilidad**, pertenecen a ingresos originados en operaciones realizadas por el contribuyente, se presumirá legalmente que el monto de las consignaciones realizadas en dichas cuentas durante el período gravable ha originado una renta líquida gravable equivalente a un quince por ciento (15%) del valor total de las mismas. Esta presunción admite prueba en contrario”.*

La administración depuró los extractos bancarios, como resultado adicionó la totalidad de las consignaciones efectuadas y sustrajo el valor de los cheques devueltos, para aplicar al resultado el 15% ordenado por el artículo transcrito, operación que arrojó \$173.117.574, suma que adicionada a los \$19.650.000

declarados por el contribuyente, totalizó una renta líquida gravable de \$192.767.574.

No obstante, dado que las consignaciones efectuadas constituyen indicio grave de que los valores consignados en las cuentas del señor Martínez Enciso pertenecen a ingresos originados en operaciones realizadas por el actor, y teniendo en cuenta que la figura consagrada en la norma anterior es una presunción “*iuris tantum*” por lo que admite prueba en contrario, en ausencia de elementos probatorios válidos suministrados por el actor, se procedió por parte de la administración a verificar los argumentos expuestos por el mismo en sus respuestas a los actos administrativos.

**5.2. Calidad de Comerciante:** Respecto de la calidad de comerciante que niega el actor tener, el artículo 10 del Código de Comercio define que éstos son: “*Las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona*”

Obran en el expediente como acervo probatorio que confirma la actividad mercantil del demandante varios documentos, entre ellos:

- a) Solicitudes de apertura de cuentas bancarias en las cuales él mismo se identifica como “*Comerciante de productos lácteos (quesillo, queso, mantequilla, leche y otros), desde el año 1989*”<sup>10</sup>
- b) Solicitud de crédito a nombre del actor, en el año 1999<sup>11</sup>, con destino a “la compra de una empacadora al vacío y unos tanques para almacenamiento de leche”. En ella informa como actividad la de administrador de la empresa “*Comestibles Valle Verde- Comercializadora de productos Lácteos*”.
- c) Certificado de Matrícula Mercantil ante la Cámara de Comercio de La Dorada (Caldas)<sup>12</sup>, en el que si bien la fecha de registro es posterior al año discutido, aparece como actividad económica del demandante la de “*Compra y venta de ganado, insumos agropecuarios, compra y venta de leche y sus derivados*”.

Es evidente que de la investigación adelantada por la DIAN y los documentos relacionados se desprende que el señor Martínez Enciso ejecuta, desde antes del año 2002, operaciones mercantiles de las que surge la obligación de registrarse como comerciante y cumplir todos los deberes que de dicha calidad se derivan. Sin embargo, es pertinente aclarar que la calidad de comerciante no se ostenta por la inscripción en la Cámara de Comercio, sino por las operaciones que se ejecutan.

Además, “nadie puede invocar en su favor su propia culpa”, de manera que el incumplimiento del demandante respecto del registro mercantil, no lo eximía de la calidad de comerciante ni de las obligaciones inherentes a la misma.

Argumenta la demandante que si bien las consignaciones provienen de operaciones comerciales, corresponden a ingresos de la esposa del contribuyente, quien se dedica a la elaboración de productos lácteos, los cuales incluyó en su declaración de renta y complementarios del año gravable 2002.

---

<sup>10</sup> Folio 72 c.a. 2

<sup>11</sup> Folios 103 a 106 c.a. 2

<sup>12</sup> Folio 27 c.a.

El 13 de junio de 2006, la Administración de Manizales remitió requerimiento de información a la señora Murillo Ciro<sup>13</sup> en el que se le solicitó una relación detallada de los ingresos recibidos durante los años 2001 y 2002, discriminando el concepto, valor y forma de pago de los mismos. Dicho documento fue respondido el 2 de agosto del mismo año y con la respuesta se remiten los siguientes documentos:

- a) Denuncio rentístico de la contribuyente requerida por la vigencia gravable 2002, presentado el 6 de mayo de 2003<sup>14</sup>, en el cual se incluye dentro del renglón 25 (IL= Ventas Brutas) la suma de \$481.782.000, y:
- b) Informe de facturación por cliente suscrita por Contador Público<sup>15</sup> en el que se relacionan los nombres e identificación de los compradores por el año 2002, número, fecha y valor de cada factura. Dicho listado arroja un total de ventas de \$565.229.018 y concluye con la leyenda de que *“La gran mayoría de facturas son de contado y pagadas en efectivo”*

Se evidencia de lo anterior, no solo que los valores de los ingresos derivados de la actividad comercial de la señora Murillo Ciro en el año 2002, distan ostensiblemente de los consignados en las cuentas del actor, fueron recibidos **“En efectivo”**, como lo certifica el Contador Público, sino que en el expediente obran junto con las consignaciones efectuadas en las cuentas del demandante, fotocopia de los cheques consignados en ellas<sup>16</sup>, de donde es perentorio concluir que los ingresos devienen de operaciones comerciales desarrolladas por separada por cada uno de ellos.

Por otra parte, no es acertado el argumento de la demandante, según el cual *“no quiere decir que la diferencia sean ingresos omitidos en la declaración de renta... pues los valores consignados fácilmente pueden traer saldos de años anteriores, ser el resultado de créditos y sobregiros, reconsignación de cheques etc”*, toda vez que el valor base para aplicar la presunción no se conformó con los saldos en las cuentas del señor Martínez Enciso el último día del año 2002, sino de la suma de las consignaciones realizadas durante la citada vigencia, sin involucrar saldos anteriores, sobregiros etc, ya que cada valor está debidamente soportado con la consignación realizada y la copia del cheque girado y consignado.

**5.3. Obligación de tener contabilidad:** En lo que hace a la obligación de llevar libros de contabilidad, verificada la actividad mercantil ejecutada por el actor, de la cual se deriva la obligación de registrarse como comerciante en la Cámara de Comercio con las consecuentes obligaciones, entre las que se encuentra la de llevar contabilidad, se observa para el caso de autos, que el contribuyente Jairo Martínez Enciso, a pesar de tener la calidad de comerciante, solo cumplió con el deber de inscribirse como tal, el 19 de abril de 2004, circunstancia que no lo exonera de las responsabilidades inherentes a su actividad, ya que la calidad de comerciante depende de los actos que ejecuta y no de la inscripción en la Cámara de Comercio, y, además porque *“A nadie le es dable invocar en su favor su propia culpa”*.

Ahora como lo puntualiza el *a quo*, el numeral 4° del artículo 23 del Código de Comercio incluye entre los actos que no se consideran mercantiles: *“Las*

---

<sup>13</sup> Folio 701 c.a.

<sup>14</sup> Folio 214 c.a.

<sup>15</sup> Folios 864 a 965 c.a.

<sup>16</sup> Folios 228 a 596 c.a.

*enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural. Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa”.*

No es éste el caso del demandante, dado que los productos que enajena son derivados lácteos transformados (Queso, mantequilla, yogurt etc) y lo hace por medio de la empresa “Valle Verde”, lo que comercialmente lo obliga a llevar libros de contabilidad.

La demandante objeta la obligación antedicha con el argumento de que no deben confundirse las obligaciones de tipo mercantil con las fiscales, ya que uno es el deber comercial de llevar contabilidad, pero no todas las personas que comercialmente tienen dicha obligación lo están fiscalmente ya que si el comerciante es responsable de IVA en el régimen simplificado, solamente estará obligado a llevar un libro fiscal de registro de operaciones como lo dispone el artículo 616 E.T.

Para tal efecto, transcribe el artículo 499 E.T. como fue modificado por el artículo 12 de la Ley 716 de 2001<sup>17</sup>, norma que concreta las exigencias legales para pertenecer al citado régimen. Sin embargo, el demandante no ha aportado documento alguno que demuestre su derecho a pertenecer al régimen simplificado, ya que aparte de ser persona natural, es indispensable que no posea más de un establecimiento de comercio y que el total de ingresos del año anterior no superen los \$114.400.000. Lo único debidamente demostrado es su calidad de comerciante y las consignaciones del año 2002 por \$ 1.173.767.157,21, suma diametralmente diferente a la requerida en el artículo invocado.

Queda aclarado entonces, no solo el origen y valor de las consignaciones efectuadas en las cuentas del actor durante el año 2002, sino la calidad de comerciante del mismo y su obligación de llevar contabilidad debidamente registrada, la cual, como lo afirma la demandante, es una exigencia *sine qua non* para dar aplicación a la presunción consagrada por el artículo 755-3 E.T.

**5.4. Cuentas bancarias:** No acierta en cambio la apelante cuando afirma que también constituye requisito indispensable para aplicar la aludida presunción, el que las cuentas en las que se realizaron las consignaciones *“figuren a nombre de terceros”*.

El artículo 755-3 E.T. consigna como presupuesto fáctico la expresión de que las cuentas *“figuren a nombre de terceros o no correspondan a las registradas en la contabilidad”*. Nótese que las dos expresiones están unidas por una **o**, disyuntiva, no copulativa, lo que significa que la ocurrencia de cualquiera de las dos circunstancias configura la causal para aplicar la presunción. Además, si la presunción se configura cuando las consignaciones se efectuaron en cuentas pertenecientes a terceros, con mayor razón es procedente aplicarla cuando se trata de cuentas propias, y no logra demostrarse la procedencia del ingreso.

---

<sup>17</sup> **Artículo 499 E. T.** (Modificado por el artículo 12 de la Ley 716 de 2001) “Al régimen simplificado del impuesto sobre las ventas pertenecen (...) los comerciantes minoristas o detallistas que vendan artículos gravados, que cumplan los siguientes requisitos: 1) Ser persona natural. 2) Haber obtenido en el año inmediatamente anterior ingresos brutos provenientes de su actividad comercial inferiores a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes (\$114.400.000 valor base año 2001) y 3) No tener más de un establecimiento de comercio, oficina, sede, local o negocio donde ejerzan su actividad”.

La Sala en diversa jurisprudencia<sup>18</sup> expone los requisitos para que opere la presunción prevista en el artículo 755-3, cuando observa:

*“El presupuesto fáctico para que opere la presunción del artículo 755-3 del Estatuto Tributario, es la existencia de indicios graves de los cuales pueda deducirse **que los valores consignados en cuentas bancarias de terceros o en cuentas del contribuyente no registradas en la contabilidad**, corresponden a ingresos derivados de operaciones realizadas por éste, o sea, a ingresos propios. Las cuentas bancarias a que se refiere la norma, pueden estar en dos situaciones: 1) Que figuren a nombre de un tercero, en cuyo caso se parte de la base de que formalmente el contribuyente no es su titular, pero se establece, mediante prueba indiciaria, que las utiliza para consignar sus ingresos; 2) Que estén a nombre del contribuyente, pero no correspondan a las registradas en su contabilidad, si estuviere obligado a llevarla. **Así pues, es aplicable la presunción en comentario respecto de los valores consignados en cuentas bancarias de terceros o del propio contribuyente**”<sup>19</sup>.*

Se encuentra debidamente probado que las dos cuentas corrientes y tres de ahorro en que fueron consignadas las sumas que sirvieron de base para aplicar la presunción, pertenecen al actor y que no figuraban en la contabilidad dado que el contribuyente, estando obligado a llevarla, no había cumplido con el registro de los libros que corresponden, situación que no lo exime de la obligación de declarar los ingresos percibidos y que, sin duda alguna, da lugar para aplicar la presunción que se discute.

#### **5.5. Que se presenten indicios graves de que los valores consignados en dichas cuentas correspondan a ingresos originados en operaciones del contribuyente.**

El artículo 176 del Código de Procedimiento Civil ordena que *“Las presunciones establecidas por la ley, serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”*.

Constituye indicio grave el hecho de que las consignaciones tomadas como base para establecer la presunción hayan sido efectuadas en cuentas del demandante, que se hayan realizado durante el año gravable en estudio y que no hayan sido declaradas, hechos que se encuentran debidamente probados.

Demostrado el ingreso a dichas cuentas, correspondía al actor la carga de la prueba del hecho alegado<sup>20</sup>, esto es, demostrar que el origen de las sumas consignadas no estaba relacionado con actos mercantiles y la circunstancia que las hacía no constitutivas de renta.

Sin embargo, el actor no aportó al proceso administrativo ni al jurisdiccional ningún elemento probatorio, sino que se limitó a negar la existencia de tales ingresos como propios, así como su calidad de comerciante, sin allegar ningún elemento que pudiera desvirtuar el acto demandado, lo que hace que no tengan curso positivo las súplicas de la demanda.

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado- Sección Cuarta . Sentencias de : 1° de junio de 2006 y 24 de octubre de 2007, expedientes 14284 y 15703, C.P. Háctor Romero Díaz; y 23 de agosto de 2007, exp. 15229 , C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

<sup>19</sup> Consejo de Estado- Sección Cuarta Sentencia del 12 de septiembre de 2007, exp. 15044, C.P. Héctor J. Romero Díaz.

<sup>20</sup> Artículo 177 C.P.C. **“Carga de la Prueba:** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

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:**

**Primero: CONFÍRMASE** la sentencia proferida el 30 de julio de 2009 por el Tribunal Administrativo de Caldas, que negó las pretensiones de la demanda interpuesta por el contribuyente JAIRO MARTÍNEZ ENCISO contra la liquidación oficial de revisión por el impuesto sobre la renta y complementario, año gravable 2002.

**Segundo: RECONÓCESE** personería para actuar a nombre de la DIAN a la doctora FLORI ELENA FIERRO MANZANO, en los términos del poder que obra en el informativo.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVA 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**