



NOTICIAS TRIBUTAR-IAS

Octubre 03 de 2005

FLASH 186

DOBLE IMPOSICIÓN DEL ICA EN LOS DIVIDENDOS: NACIMIENTO DE UNA NUEVA POSTURA

Tema neurálgico y de alta discusión ha sido el de la imposición en industria y comercio sobre los dividendos. El Consejo de Estado ha ido creando una postura según la cual la percepción de dividendos, por corresponder al desarrollo de una actividad comercial, debe someterse a tributación municipal por industria y comercio. Sostiene la jurisprudencia del Consejo de Estado que el ICA recae sobre las actividades comerciales, industriales y de servicios; que cuando la ley ha definido las actividades comerciales, ha señalado que se entiende por tales las definidas por el Código de Comercio. Así, con base en el artículo 20 del estatuto mercantil, la actividad según la cual se participa como socio o accionista en una sociedad deviene en comercial y, por ello, el dividendo que se reciba será generado por el desarrollo de una actividad comercial, quedando sujeta a imposición en el ICA (Entre otras tenemos: sentencia 13385 de diciembre de 2003, C.P. Dr. Juan Ángel Palacio; Expediente 4548 de marzo de 1994, C.P. Dr. Delio Gómez; Sentencia de noviembre 16 de 2001, Radicación 12299, C.P. Dra. Ligia López Díaz).

Siguiendo esta corriente, el Distrito Capital ha emitido conceptos oficiales en los que, igualmente, pregonan la tributación de los dividendos (concepto 1040 de junio 9 de 2004). Y, como sabemos, el Alcalde Mayor de la ciudad capital ha proferido Decreto en el que, amparado en la misma tesis, obliga al descuento de la retención por industria y comercio en esta ciudad.

Pues bien, hemos conocido la sentencia de agosto 11 de 2005 proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con ponencia de la Dra. Nelly Yolanda Villamizar, expediente 03-0887-01, en la que recuerda los fundamentos de la jurisprudencia y, además, propone y acoge una nueva postura interpretativa en relación con la tributación de los dividendos.

En efecto, recuerda la sentencia del Tribunal que:

“A su vez, el artículo 20 numeral 5 del Código de Comercio califica como mercantiles *“para todos los efectos legales”*, entre otros: *“La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de partes de interés, cuotas o acciones”* lo que no conduce a decir que tal actividad esté sujeta por regla general al impuesto de industria, comercio



TRIBUTAR ASESORES LTDA

EMPRESA COLOMBIANA LIDER EN SOLUCIONES Y SERVICIOS TRIBUTARIOS

y avisos, como si tiene tal connotación, cuando el objeto principal de la actividad de la persona natural (comerciante) o jurídica es la venta y compra de acciones y la de inversionista.

De manera que los dividendos y participaciones que obtiene fruto de la actividad no habitual y exclusiva no deben ser gravados con el impuesto de industria y comercio, como sí se gravarían en el evento que la persona ejerciera la actividad de invertir de manera permanente, y como una actividad autónoma...

Lo que hace mercantil la percepción de los dividendos, pues, es la participación habitual, profesional, en sociedades. Si un sujeto no se dedica de manera exclusiva y habitual a participar en sociedades, no adquiere la calidad de comerciante y por tanto tampoco queda inmerso en el hecho generador del ICA.

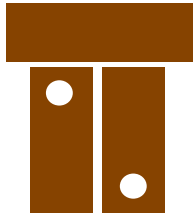
A decir verdad, esta misma tesis ya había sido pregonada por el Consejo de Estado en la sentencia de 2004 radicado 4548 citada arriba. En ella se dijo:

“... en cuanto al ejercicio profesional de actividades mercantiles, como factor determinante para adquirir la calidad de comerciante, solo es predicable en relación con las personas naturales de acuerdo a lo previsto en el artículo 10 del Código de Comercio, quienes adquieren el status de comerciante por el ejercicio profesional de actos calificados como mercantiles. Este ejercicio profesional de actos de comercio, por el contrario, no es el que impone o determina la mercantilidad de una sociedad, por cuanto a término del artículo 100 ibídem, se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles; basta, pues que el objeto social contemple la realización de éstos para que sea predicable la existencia de una persona jurídica comerciante, sin consideración a que exista ejercicio habitual de estas operaciones (...) En suma la mercantilidad de la sociedad no depende de la habitualidad en el ejercicio de las operaciones mercantiles, ésta está dada por ser mercantiles las operaciones a realizar.”

Con todo, el Tribunal acoge una nueva postura interpretativa, fundándose en la problemática de la doble tributación socio – sociedad. Sostiene la sentencia que los dividendos corresponden a un reparto de utilidades obtenidas por la sociedad, las cuales, previo a su reparto, han sido tributadas en cabeza de la sociedad.

Conforme a la sentencia:

“Dicha tesis, sobre el pago previo del impuesto sobre la renta antes de repartirse las utilidades, resulta aplicable a la (sic) sociedad por el pago del impuesto de Industria, Comercio y Avisos que (...) se debe liquidar sobre los ingresos netos percibidos por la sociedad en el respectivo año gravable (...)



TRIBUTAR ASESORES LTDA

EMPRESA COLOMBIANA LIDER EN SOLUCIONES Y SERVICIOS TRIBUTARIOS

Así las cosas, concluye la Sala que los dividendos recibidos por el accionante ya se encontraban gravados con el impuesto de Industria y Comercio, esto es que previa la entrega de los mismos por parte de la sociedad capitalizadota ya se había generado el impuesto, por lo que no se le puede dar a éste un trato independiente al de la entidad de la que forma parte como socio, ni tampoco puede ser visto de forma individual sin tener en cuenta que lo por él percibido ya era objeto de obligación tributaria, por lo cual al cobrarse nuevamente dicho impuesto, se estaría incurriendo en una doble tributación por parte de la Administración Distrital.”

En resumen y conclusión, los dividendos, según esta nueva postura, nunca deberían ser objeto de tributación en la medida que ellos tienen su fuente en ingresos sujetos a tributación en cabeza de la sociedad emisora, quien, en el fondo, es la única que realmente realiza el hecho generador del impuesto.

Esperamos que esta afortunada tesis resulte plenamente acogida por las autoridades tributarias y por el Consejo de Estado, cuando tenga que fallar casos similares.

*****Queda prohibida su reproducción total o parcial con fines comerciales. Cuando con fines diferentes se reproduzca, debe citarse su fuente.**