

MEMORANDO CONCEPTO

Fecha: 15 de marzo de 2022

PARA: ORLANDO VALBUENA GÓMEZ
Director de Impuestos de Bogotá
y funcionarios Dirección Distrital de Impuestos DIB

DE: Subdirectora Jurídico Tributaria

Asunto: Adopción del criterio jurisprudencial de unificación del Consejo de Estado acerca de cuándo la actividad comercial de inversión en sociedades es gravada con el ICA. Dividendos/participaciones gravadas.

De acuerdo con el literal e) del artículo 31 del Decreto Distrital 601 de 2014, es función de esta Subdirección *“Fijar criterios para determinar y garantizar la unidad doctrinal y el principio de seguridad jurídica en la interpretación y aplicación de las normas tributarias distritales”*, por lo que se hace necesario pronunciarse sobre la sentencia de unificación 2021CE-SUJ-4-002 del 2 de diciembre de 2021, proferida por el Consejo de Estado, en la que se precisó el concepto de *«actividad comercial»* gravada con el Impuesto de industria y comercio (ICA) por la participación en el capital de sociedades mercantiles, en los términos del artículo 32 del Decreto Distrital 352 de 2002.

El criterio de unificación se concentra en establecer que las actividades gravadas con el ICA son aquellas realizadas con *“carácter empresarial”* a cambio de una remuneración económica, bien sea a título de dividendos o de cualquier otro derecho apreciable en dinero; sin que resulten determinantes para la configuración del hecho generador, los conceptos de giro ordinario de los negocios del inversionista, objeto social, la condición de activo fijo de las acciones poseídas, así como tampoco la profesionalidad o habitualidad con la que se desarrollen dichas inversiones.

En este sentido, se analizarán los efectos que tienen las sentencias de unificación frente a las decisiones de las entidades administrativas; seguido de una síntesis de los aspectos relevantes de la decisión de unificación; para finalmente señalar los lineamientos que deben observarse en la determinación de la actividad comercial de inversión en el impuesto de industria y comercio en el Distrito Capital.

Efectos de las sentencias de unificación:

La Ley 1437 de 2011¹ incorpora en el ordenamiento jurídico la figura de las sentencias de unificación jurisprudencial, las cuales resultan de obligatorio acatamiento en las decisiones de las autoridades administrativas. Al efecto, el artículo 10° exige a las autoridades que *“...al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de*

¹ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
www.shd.gov.co

unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.”

Por su parte, el artículo 270 ibídem define las sentencias de unificación jurisprudencial como aquellas que emite el Consejo de Estado “...por importancia jurídica o trascendencia económica o social o **por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia**; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”.

En armonía con lo anterior, el artículo 271 ídem² señala que el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo o de decisión interlocutoria, por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar o unificar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación que ameriten la expedición de una sentencia o auto de unificación jurisprudencial.

Así las cosas, se tiene que el Consejo de Estado puede emitir sentencias de unificación jurisprudencial por motivos de importancia jurídica, trascendencia económica o social, necesidad de **sentar o unificar jurisprudencia** o precisar su alcance, para resolver las divergencias en su interpretación y aplicación.

En este contexto, cabe resaltar la diferencia existente entre el concepto de “sentar” y “unificar” jurisprudencia. En términos de la misma Corporación³, sentar jurisprudencia implica un asunto a discutir novedoso o la inexistencia de un pronunciamiento previo por parte del órgano de cierre. Por su parte, unificar jurisprudencia conlleva **“como presupuesto la existencia de pronunciamientos que encierran posiciones divergentes sobre un mismo tema, que ameritan una decisión que zanje tales diferencias, en aras de dar coherencia a la jurisprudencia y garantizar la igualdad y la seguridad jurídica en las sucesivas decisiones judiciales”**.

Sobre la importancia de las sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado⁴ ha asumido la función de “...identificar las decisiones de la jurisdicción que constituyan jurisprudencia establecida, reiterada, comúnmente aceptada por los jueces y, por tanto, permanente en determinados puntos de derecho...”, con el fin de recogerlas en este tipo de sentencias y de esta forma, brindarles una formalidad que a la vez se constituye en guía para las autoridades administrativas y de los jueces al momento de la toma de decisiones.

² Modificado por el artículo 79 de la Ley 2080 de 2021

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA PLENA. Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ. Bogotá, D.C., primero (1) de diciembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 11001-03-28-000-2020-00058-00. Actor: ESNEIDER RENÉ MATEUS FORERO Y GINA PAOLA ÁVILA SIERRA. Demandado: FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO - FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN. Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD ELECTORAL - Competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

⁴ C.E Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Cuarta- C.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ (E) . Rad: 1001-03-27-000-2013-00003-01(19901)- 14 de agosto de 2013.

Siguiendo lo expuesto, la doctrina tributaria⁵ reconoce que *“Las sentencias de unificación en materia fiscal pueden constituirse en una herramienta para proteger los derechos de los contribuyentes a la seguridad y certeza jurídica mediante decisiones coherentes y fundadas en criterios de interpretación ya decantados por la jurisdicción. (...) También permitirán la determinación de reglas de interpretación jurisprudencial de las normas tributarias, elementos que deberán tener en cuenta las autoridades tributarias en sus fiscalizaciones y los contribuyentes en sus actuaciones...”*

Lo anterior tiene especial relevancia si se considera el carácter vinculante de estos pronunciamientos, cuyos efectos *“...se convierten en verdaderas fuentes de derecho que otorgan a los ciudadanos herramientas ágiles para materializar sus derechos a la seguridad jurídica e igualdad.”*⁶

Se comprende así, que las sentencias de unificación sujetas a los principios de legalidad y del debido proceso, son una importante herramienta que permite garantizar la legalidad, certeza y seguridad jurídica de las actuaciones administrativas y judiciales, así como establecer unas pautas claras de interpretación de las normas. De ahí la importancia de revisar sus efectos frente a los impactos que puedan tener tanto en los interesados como en las decisiones de las entidades administrativas y judiciales.

A este fin, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁷ precisa que *“...el deber de las autoridades administrativas y judiciales de hacer una interpretación uniforme y coherente de las normas jurídicas y de garantizar el derecho a la igualdad y la seguridad jurídica es un mandato general, directo y de aplicación inmediata que se debe cumplir en cualquier actuación administrativa”*.

Dentro de este marco de consideraciones se puede concluir que resulta imperativo para las autoridades administrativas y judiciales acatar en sus decisiones las sentencias de unificación en aras de dar una aplicación uniforme a la Constitución, las leyes y los principios administrativos, evitando con ello la vulneración de los derechos ciudadanos y el incumplimiento de los principios rectores de la función administrativa.

Por lo anterior, la Administración Tributaria Distrital se encuentra obligada a aplicar la interpretación plasmada en la sentencia de unificación sobre la “actividad comercial” gravada con ICA por la participación en el capital de sociedades mercantiles, respecto de los trámites que se encuentren pendientes de resolver tanto en vía administrativa como judicial (al momento de contestar las demandas en curso); así como, respecto de las vigencias que aún no se encuentren en firme.

⁵ *Ibíd.*

⁶ Derecho Contencioso Administrativo- Análisis desde la perspectiva tributaria Artículo: “La reiteración de precedente judicial y sus efectos como sentencias, unificación de jurisprudencia en sentido material” por Héctor Hernando Duque Gutiérrez.

Pág.487 a 500

⁷ CE2177 del 10/12/2013 C.P. William Zambrano Cetina, Radicación No.11001-03-06-000-2013-00502-00

Síntesis de la decisión de Unificación:

En el caso que nos ocupa, la Sección Cuarta del Consejo de Estado consideró procedente emitir una sentencia de unificación jurisprudencial para precisar el concepto de actividad comercial gravada con el ICA, toda vez que existían diversos pronunciamientos jurisprudenciales de la misma Corporación, con posturas diversas sobre el tema. Lo anterior, con el fin de establecer un criterio unificado aplicable a los trámites pendientes de resolver tanto en vía administrativa como judicial y de esta manera brindar seguridad jurídica a futuro.

La regla de decisión adoptada es del siguiente tenor:

1. En el caso de la remisión al Código de Comercio efectuada por los artículos 32 de la Ley 14 de 1983, 198 del Decreto Ley 1333 de 1986 y 34 del Decreto Distrital 352 de 2002, **se considera que una operación constituye actividad comercial gravada con el ICA cuando la misma la ejerce el sujeto pasivo con carácter empresarial**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
2. La anterior regla jurisprudencial de unificación rige para los trámites pendientes de resolver en vía administrativa y judicial. No podrá aplicarse a conflictos previamente decididos.

(Negrilla fuera de texto)

Para arribar a dicha regla de decisión, la sentencia planteó el siguiente problema jurídico:

(...) si la inversión en sociedades es una actividad comercial, en los términos previstos por el artículo 32 del Decreto Distrital 352 de 2002, para decidir si los dividendos percibidos a título de rendimiento de la inversión están gravados con el ICA. Como la decisión del a quo se fundó en la calificación de la actividad de inversión, si prosperara el cargo de apelación, tendrá que evaluar la Sala los demás cargos de la demanda, a fin de establecer si gravar los réditos de la inversión en sociedades supone una doble imposición; y si la actuación acusada fue debidamente motivada. Si fuera necesario, se decidirá sobre la procedencia de la sanción por inexactitud impuesta.

Fijado el problema jurídico, realizó un recorrido por los diversos criterios de decisión que había adoptado el Consejo de Estado para determinar el nacimiento de la obligación tributaria y establecer si los dividendos y otros derechos percibidos por las sociedades resultaban o no, gravados con el impuesto de industria y comercio. En esta parte concluyó:

3.2- Se extrae del anterior recuento que las posiciones defendidas por cada una de las partes han sido avaladas en distintos grados y momentos por la jurisprudencia de la Sección. Aunque concuerdan en que la tributación de los dividendos en el ICA dependerá de si se percibieron o no en el giro ordinario de los negocios de la contribuyente (criterio establecido desde la sentencia del 05 de marzo de 1999, exp. 9086, CP: Germán Ayala Mantilla), discrepan en torno a la pauta bajo la cual se determina si tal clase de ingresos retribuye el giro ordinario de los negocios.

En una segunda parte, analizó criterios como el del objeto social, el giro ordinario de los negocios, el carácter de activo fijo o movable de las acciones, y los aspectos de la habitualidad y profesionalidad con que se ejecutan las actividades comerciales, para concluir que estos no son determinantes a la hora de gravar los dividendos u otros derechos, sino el “*carácter empresarial*” del obligado.

Veamos a continuación una síntesis del desarrollo que hace la sentencia de cada uno de estos criterios y la decisión de unificación:

I.- Criterio del objeto social y del giro ordinario de los negocios:

Para la Sala, los conceptos de objeto social y giro ordinario de los negocios se encuentran íntimamente ligados, en tanto el “*objeto social*” determina la capacidad y ámbito de acción de una sociedad, mientras que el “giro ordinario” corresponde a las actividades societarias que además de hacer parte del objeto social, se desarrollan de manera habitual u ordinaria, excluyendo así todo el accionar extraordinario por parte de la sociedad. Siguiendo lo expuesto, la Sala considera que hay una relación de género (objeto social) y especie (giro ordinario de los negocios), entre ambos conceptos.

Así las cosas, advierte que, pese a la relevancia mercantil del objeto social, no es determinante para la realización del hecho generador de ningún impuesto que recaiga sobre capacidades económicas efectivas, como es el caso del ICA. Al efecto, precisa que la capacidad de acción de un ente societario carece de trascendencia impositiva en tanto no existen impuestos que tengan por hecho generador la simple manifestación de una capacidad de acción.

Señala que el hecho generador del ICA es la obtención de ingresos brutos por la realización de actividades industriales, comerciales o de servicios en un determinado ente territorial, de manera que “...*el sometimiento al gravamen en ninguna medida pende de la actividad económica que se haya inscrito, registrado, manifestado o autorizado por o ante una autoridad mercantil o administrativa*”

Agrega que el objeto social es un concepto propio de las personas jurídicas, lo que impide su aplicación respecto de las personas naturales, lo que explica que jurisprudencialmente se haya asimilado al giro ordinario de los negocios, cuando la litis versaba sobre la actividad de inversionista, registrada por la persona natural en el RUT o en el RIT.

No obstante, advierte que “...*el objeto social y la actividad económica registrada son datos indicativos que por sí solos no llevan a confirmar ni a negar la realización del hecho generador del ICA, considerando el hecho generador del tributo que está tipificado. (...) pues es «la realidad de los negocios del contribuyente la que debe primar» a la hora de establecer las situaciones sujetas al tributo, de modo que «la determinación de su tratamiento en materia del ICA no depende de la connotación que se les haya dado en el contrato social o en sus reformas... [ni de] la forma de contabilizarlo».* (negrilla fuera de texto).

II. Criterio de la condición de activos fijos o movibles:

La Sala advierte que la tesis según la cual, la tributación de los dividendos está determinada por la condición de activos fijos o movibles de las acciones retribuidas, proviene de la sentencia de 5 de marzo de 1999 expediente 9086⁸, en la que se indicó:

(...) la inversión en acciones, cuyo objeto es formar parte del activo fijo, no puede ser considerada como actividad objeto de gravamen, **como quiera que su adquisición no corresponde al giro ordinario de los negocios de la sociedad, cuyo objeto social principal se halla referido a la fabricación, ensamble, importación, exportación, compra, venta, y en general cualquier tipo de negociación de vehículos automotores y sus partes, accesorias y de maquinaria agrícola o industrial.**

(...) «del solo hecho de que la sociedad sea mercantil, no se deriva que sus activos fijos estén gravados con el impuesto de industria y comercio, pues ni siquiera la utilidad en la venta de activos fijos se encuentra sujeta al tributo».

(Negrilla fuera de texto)

A juicio de la Sala, desde entonces hizo carrera la posición que considera excluidos del ICA los dividendos que remuneran acciones con la condición de activos fijos. No obstante, la Sala precisa que dicha tesis carece de fundamento jurídico en tanto *“...tergiversa el análisis efectuado en la sentencia transcrita. Según se lee, en esa providencia no se determinó como regla la desgravación de los dividendos percibidos por las acciones que fuesen activos fijos, sino que se estableció, para el caso que en esa ocasión se juzgó, que la inversión en acciones no hacía parte del giro ordinario de los negocios de la empresa que las poseía toda vez que se dedicaba a negocios automotrices”*.

De acuerdo con lo anterior, la sentencia indica que en el caso concreto la inversión en acciones no se encuentra gravada porque su adquisición no corresponde al giro ordinario de los negocios de la sociedad, lo que lleva a concluir que si se hubiera probado que la adquisición sí correspondía con el giro ordinario de sus negocios *“...por ejemplo, si se tratara de una entidad dedicada a invertir capitales en los fondos propios de otras sociedades”*, la conclusión sería que los dividendos eran sujetos a gravamen del ICA.

Así las cosas, la Sala concluye que *“no es cierto que la simple identificación de que las acciones en cuestión tienen la calidad de activos fijos de su titular baste para relegar de imposición a los dividendos que las retribuyen”*.

Ahora bien, en este punto, precisa que si bien los ingresos por la venta de activos fijos no se encuentran gravados con ICA⁹, dicha suerte no corre respecto de los rendimientos derivados de la explotación del activo fijo.

⁸ Consejero Ponente: Germán Ayala Mantilla

⁹ Decreto Distrital 352 de 2002. Artículo 42. Base gravable. El impuesto de industria y comercio correspondiente a cada bimestre, se liquidará con base en los ingresos netos del contribuyente obtenidos durante el período. Para determinarlos, **se restará de la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios**, los correspondientes a actividades exentas y no sujetas, así como las devoluciones, rebajas y descuentos, las exportaciones y **la venta de activos fijos**.

Concluye la Sala que “...ni el objeto social del obligado tributario, ni el carácter de activo fijo o movable de las acciones, rigen el juicio acerca de si se realizó la «actividad comercial» gravada con el ICA al percibir dividendos”.

III. Criterio de decisión relevante que determina la “actividad comercial” como gravada:

La sentencia se refiere a la definición de “actividad comercial”, derivada de la remisión que hace el artículo 198 del Decreto Ley 1333 de 1986 y el artículo 34 del Decreto Distrital 352 de 2002, al ordenamiento mercantil donde se consideran también como comerciales “las demás actividades definidas como tales por el Código de Comercio”.

A este propósito, la Sala indica que el fundamento para gravar con el ICA la actividad económica comercial no depende de ningún condicionamiento subjetivo, como sería el caso de la profesionalidad que se exige para calificar a una persona como comerciante, pues la sujeción al ICA no solo surge para los ingresos de los comerciantes sino también respecto de los ingresos derivados de la actividad tipificada como tal, bien sea que se realice por un comerciante o no, o de manera permanente u ocasional en términos del artículo 32 del Decreto 352 de 2002.

En consecuencia, resultan gravadas con el ICA todas las actividades comerciales previstas en el Código de Comercio (*art. 20 a 25 salvo 22*), independientemente de quien las lleve a cabo; puesto que no se trata de los sujetos sino de las “*actividades*”, tal como se aprecia en los siguientes apartes:

Tanto en las normas que formulan el hecho generador del impuesto (*i.e.* artículos 195 del Decreto 1333 de 1986 y, en la jurisdicción de Bogotá, 32 del Decreto 352 de 2002), como en las que prescriben las notas distintivas de la actividad comercial (*i.e.* artículos 198 y 34 de los mismos cuerpos normativos, respectivamente), el presupuesto de hecho que sirve de sustento al ICA recae sobre un dato relativo a una actividad económica. Así, en principio, desde la perspectiva del ordenamiento tributario, quedarían comprendidas en el ámbito del hecho generador del impuesto todas las actividades calificadas como mercantiles por el CCo, quien quiera que sea el que las ejecute (...)

Como no se trata de calificar los sujetos, sino de identificar las actividades previstas en el ordenamiento mercantil a efectos del impuesto, estima la Corte Constitucional que las normas del CCo, que «*por su especial pertinencia*» deben ser tenidas en cuenta «*para la definición de lo que ha de entenderse por actividades comerciales*», son los artículos 20 a 25 (excluyendo el 22), contenidos en el Título II

Hacen parte de la base gravable, los ingresos obtenidos por rendimientos financieros, comisiones y en general todos los que no estén expresamente excluidos en este artículo.

Parágrafo primero. Para la determinación del impuesto de industria y comercio no se aplicarán los ajustes integrales por inflación.

Parágrafo segundo. Los contribuyentes que desarrollen actividades parcialmente exentas o no sujetas, deducirán de la base gravable de sus declaraciones, el monto de sus ingresos correspondiente con la parte exenta o no sujeta.

www.shd.gov.co

Carrera 30 N° 25-90 Bogotá D.C. Código Postal 111311
PBX: +57(1) 338 50 00 - Información: Línea 195
NIT 899.999.061-9



«de los actos, operaciones y empresas mercantiles», sin hacer referencia a las disposiciones que se ocupan de la profesionalidad propia de la calidad de comerciante (v.g. artículos 10, 11, 100 y 110 del CCo).

Surge de ese análisis jurídico que supeditar la realización del hecho generador de la actividad comercial en el ICA (a diferencia de lo que se estima respecto de las actividades industriales y de servicios), a la comprobación de que la actividad se ejecute de manera profesional, conlleva el error de interponer en el análisis de la situación gravada un criterio que la disciplina comercial solo contempla para atribuir la condición de comerciante.

También supone restringir, contra el precepto (artículos 195 del Decreto 1333 de 1986 y 41 del Decreto 352 de 2002), la sujeción pasiva del ICA a quienes ostenten la calidad de comerciantes, siendo que el tributo no solo grava los ingresos brutos de los comerciantes, sino los de todos quienes realicen actividades tipificadas, ya sea «en forma permanente u ocasional» (artículos 32 del Decreto Distrital 352 de 2002 y 195 del Decreto Ley 1333 de 1986). Consecuentemente, la profesionalidad y la habitualidad con la que se ejecute la actividad comercial no son datos determinantes para la Sala, pues el ICA también se causa cuando la ejerce un no comerciante...”

Un segundo aspecto que desarrolla la sentencia, se refiere al criterio según el cual los dividendos derivados de la realización del “**acto de comercio**” propiamente dicho contemplado en el ordinal 5º del artículo 20 C.Co¹⁰ se encuentran gravados con el ICA.

Al respecto advierte la Sala que, el “*acto de comercio*” a que se refiere la norma en mención, por sí mismo o de manera aislada no se tipifica dentro del hecho generador del ICA, sino que es necesario desarrollar “**una actividad comercial**”, la cual debe llevarse a cabo como “*una intervención organizada en el mercado*” para que resulte gravada, es decir con carácter de “*empresa*”, con todos los componentes indicativos de la realización de una verdadera operación comercial.

Por su parte el texto de la sentencia señala:

(...) en principio, son susceptibles de gravamen en el ICA los dividendos (i.e. ingresos brutos) que retribuyen el acto de comercio contemplado en el ordinal 5.º del artículo 20 del C.Co, consistente en participar en el capital social de entidades mercantiles.

Empero, la Sala también advierte que el hecho generador en cuestión no tipifica la realización de actos de comercio, como los referidos en el listado enunciativo que aporta el artículo recién mencionado, sino que exige llevar a cabo una «**actividad comercial**». **En esa medida, atendiendo a la tradicional distinción entre actividad y acto mercantiles, para que resulte gravada, la operación comercial tendrá que realizarse en el marco de una intervención organizada en el mercado, en la que**

¹⁰ ARTÍCULO 20. <ACTOS, OPERACIONES Y EMPRESAS MERCANTILES - CONCEPTO>. Son mercantiles para todos los efectos legales: “(…)”

5) La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones...”

el obligado tributario ordene por cuenta propia los medios de producción, asuma el riesgo de los negocios realizados y afecte al desarrollo de tal finalidad bienes materiales o inmateriales. (negrillas y subrayas fuera de texto)

La tipificación de la «actividad comercial» implica que el hecho generador no se realiza por cuenta de un «acto de comercio» aislado, **sino que requiere que el contribuyente asuma con carácter empresarial su participación en el mercado. En este punto, adquiere relevancia el concepto de empresa, como forma de organización de los participantes en el mercado reconocida en el artículo 25 del CCo, sea que esa organización se concrete en la ordenación de los elementos reales destinados al ejercicio de la actividad (i.e. establecimiento de comercio, al tenor de los artículos 515 y 516 del CCo) o en la estructuración de los elementos humanos que la hacen posible (i.e. del factor trabajo).**

(Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, para determinar cuándo la actividad comercial de inversión resulta gravada con el impuesto de industria y comercio y por ende los dividendos y demás derechos apreciables en dinero derivados de esta, la Sala concluyó lo siguiente:

(...) para juzgar si se realiza la «actividad comercial» gravada en el ICA por la participación en el capital de sociedades comerciales, **el criterio de decisión radica en determinar si se desempeña con carácter empresarial la participación en los fondos propios de personas jurídicas mercantiles, percibiendo a cambio una remuneración económica, ya sea a título de dividendos u otros derechos apreciables en dinero conferidos por la entidad a quienes ostenten la calidad de socios, accionistas, asociados o partícipes. De ser así, el ingreso obtenido se integrará en la base gravable del ICA del inversionista, sin que a dichos efectos sea determinante el giro ordinario de los negocios del inversionista, ni la formulación de su objeto social, ni la condición de activo fijo de las acciones poseídas, ni la profesionalidad o habitualidad con la cual se lleven a cabo las inversiones**”. (negrilla fuera de texto)

Esto nos lleva a decir que la actividad económica de inversión resulta gravada con el impuesto de industria y comercio en la medida en que los diversos componentes de la operación se lleven a cabo de manera “organizada”; es decir con una disposición de recursos de diferente orden, llámense materiales e inmateriales, un capital, un recurso humano, el diseño de estrategias, entre muchos otros elementos, de tal manera que le permitan llevar a cabo las operaciones encaminadas a la inversión de manera planificada y controlada hasta contar con una verdadera unidad económica de producción y así alcanzar ese fin de lucro que se pretende con la actividad.

En ese orden, se descarta como actividad gravada todo acto de comercio separado del engranaje de la operación de inversión adelantada.

Alcance particular y lineamientos de la sentencia para efectos del ICA:

Es preciso indicar que el Consejo de Estado en anteriores pronunciamientos¹¹ estableció diversos criterios aplicables a la determinación de la actividad económica de inversión en entidades mercantiles y el tratamiento de los dividendos y participaciones como gravados con el impuesto de industria y comercio, los cuales fueron aplicados en su momento por la administración tributaria¹² así:

- Cuando se trata de las personas jurídicas de naturaleza comercial, el hecho generador se realiza por la verificación de los supuestos contenidos en el ordinal 5° del artículo 20 del Código de Comercio, y/o por la *conexidad*, que establece el artículo 21 ibídem, que califica como mercantil el acto de vinculación del accionista o socio.
- En el caso de personas naturales se presentan dos situaciones, las personas naturales que no ostentan la calidad de comerciantes y las que sí, en este último caso, recaía la sujeción pasiva del impuesto cuando ejercían profesionalmente el comercio.

Ahora bien, dicha postura se modifica a través de la decisión de unificación en los términos previstos a lo largo de este concepto, y principalmente en el sentido que el criterio determinante para establecer si la actividad económica de inversión resulta gravada con el ICA en el D.C. y, por ende, los dividendos o participaciones derivados de ella, es que la mencionada actividad se desarrolle con “**carácter empresarial**”.

De acuerdo a la sentencia bajo estudio, son indicativos de la existencia de una organización empresarial:

- La afectación de un capital determinado a la actividad de inversión en sociedades comerciales.
- La uniformidad en el desarrollo de esa operación (inversión en sociedades comerciales).
- La importancia relativa que la ejecución de esa actividad tenga para el contribuyente (en términos de proporción del patrimonio destinado a dicha actividad).
- La contratación de personal destinado a llevarla a cabo.
- La realización de gastos vinculados a esa actividad.
- La conexión del negocio mercantil con otros actos de igual naturaleza.

¹¹ En las sentencias de marzo 3 de 1994, Expediente 4548, M.P. Dr. Delio Gómez Leyva; de marzo 22 de 1996, Expediente 7444, M.P. Dra. Consuelo Sarrio Olcos y de septiembre 24 de 1999, Expediente 9486 y noviembre 10 de 2000, Expediente 10066, ambas con ponencia del Dr. Daniel Manrique Guzmán. MP: Juan Ángel Palacio Hincapié, 03/12/2003, Ref. Exp. No. 25000-23-27-000-1 999-0279-01-1 3385.

¹² Consultas 2013EE71996 del 18/04/2013, 2014EE64458 del 4/04/2014, 2016EE5985 del 22/01/2016, 2018EE61600 del 20/04/2018, 2018EE44331 del 21/03/2018, 2019EE50530 del 1/04/2019, 2019EE161621 del 29/08/2019, 2019EE123387 del 19/06/2019, 2020EE44604 del 1/04/2020 y los conceptos 1181,1184 del 2008 y 1252 del 2018.

- La utilización de uno o varios establecimientos de comercio, aunque ellos no estén registrados en la jurisdicción de la entidad territorial (artículos 32 del Decreto Distrital 352 de 2002 y 195 del Decreto Ley 1333 de 1986).

De igual manera, resultan de utilidad otros referentes de prueba que permiten identificar la realización de la actividad comercial como por ejemplo; las estrategias puntuales para desarrollar el negocio específico, los estados financieros y contables que registran las operaciones de inversión, la planeación y evaluación de resultados de la actividad de inversión (balance general, fuentes de financiamiento, previsiones en el movimiento anual de caja, flujos de efectivo entre otros) y la interacción de las diferentes actividades encaminadas a la operación de inversión dentro del núcleo del objeto social de la empresa.

La Sección cuarta del Consejo de Estado afirma que *“Cuando concurren circunstancias de ese tipo, hay un alto grado de probabilidad de que se esté en presencia de una actividad mercantil”*, sin embargo, no señala el número de criterios que deben cumplirse para considerar que la actividad es mercantil y gravada, de manera que podría ser uno, dos o todos, lo que deja a valoración del contribuyente, de la administración y de los jueces, el número de criterios que han de cumplirse para arribar a dicha conclusión. En todo caso, resulta prudente señalar que, a mayor cantidad de criterios probados, mayor grado de certeza se obtendrá en la calificación de la actividad bajo estudio.

Lo anterior se hace palmario en los pronunciamientos posteriores de la misma Sección Cuarta, ya que ha empezado a aplicar de forma práctica los lineamientos de la sentencia de unificación, en dos sentencias proferidas en febrero de 2022, así:

Fecha: 10 de febrero de 2022

Radicación: 25000-23-37-000-2015-01311-01 (23196)¹³

Demandante: Actiunidos S.A.

Demandado: Secretaría de Hacienda Distrital de Bogotá

En el caso, es un hecho probado y no discutido por las partes que, durante los primeros dos bimestres del 2012, **la actora participó como accionista de nueve sociedades mercantiles**. Entre otros medios de prueba, consta en el plenario que así lo informó a la Administración el contador de la compañía demandante, quien en visita del 05 de agosto de 2014 (f. 5 caa) **manifestó que «se dedica a invertir en acciones, con el fin de mantenerlas en sus activos fijos y obtener rendimientos de las mismas»**. Desde esa perspectiva, es patente que durante los periodos discutidos la actora ejerció el acto de comercio contemplado en el ordinal 5.º del artículo 20 del CCo.

Aunado a lo anterior, **consta en el balance de prueba –con corte a abril de 2012 (ff. 52 a 61 caa)– que el 66% del patrimonio de la demandante correspondía al superávit por la valorización de sus distintas inversiones en acciones, circunstancia que pone de manifiesto la relevancia patrimonial que tiene la actividad de inversión en la estructura de la contribuyente**. Análogamente, se evidencia que, de **los ingresos percibidos por la actora en los periodos debatidos, el 97% corresponden a ingresos por dividendos**, así en el 1.º bimestre de 2012

¹³

obtuvo ingresos por \$27.300.818.000 de los cuales \$26.652.074.000 fueron por este concepto; y en el 2.º bimestre de 2012 percibió ingresos por \$28.203.070.000 de los cuales \$27.396.424.000 corresponde a dividendos (f. 117 vto.).

La conjunción de los anteriores elementos permite advertir, con arreglo a los criterios de decisión judicial unificados en la providencia 2021CE-SUJ-4-002, que la participación de la demandante en el capital de distintas sociedades nacionales obedece al ejercicio de una verdadera actividad empresarial en el Distrito de Bogotá, en la medida en que se trata de una actividad económica organizada orientada a efectuar el acto de comercio contemplado en el ordinal 5.º del artículo 20 del CCo. En virtud de ese entendimiento, advierte la Sala que la actora ejerció –en la jurisdicción de la entidad demandada– una «actividad comercial» gravada con el ICA. Por tales motivos, se impone concluir que los dividendos recibidos por la contribuyente en calidad de inversionista deben integrar la base gravable del tributo objeto de pronunciamiento, sin que a dichos efectos «sea determinante el giro ordinario de los negocios del inversionista, ni la formulación de su objeto social, ni la condición de activo fijo de las acciones poseídas, ni la profesionalidad o habitualidad con la cual se lleven a cabo las inversiones».

Fecha: 17 de febrero de 2022
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 25000-23-37-000-2015-00989-01 (23749)
Demandante: Aminversiones S.A.
Demandado: Secretaría de Hacienda Distrital de Bogotá

En el caso que se enjuicia está probado y no se discute por las partes que en 2011 la demandante participó como accionista en trece sociedades mercantiles (f. 78, caa), de modo que llevó a cabo el acto de comercio contemplado en el ordinal 5.º del artículo 20 del CCo.

Asimismo, consta en el plenario que lo hizo de forma organizada, toda vez que –según lo informado por el contador de la demandante en la visita realizada por la Administración el 23 de julio de 2012 (ff. 21 a 24, caa)–, desde su constitución, la demandante se ha dedicado a manejar los «*activos e inversiones*» del grupo empresarial al que pertenece.

En el contexto de esa actividad realizó actos de «*administración y manejo*» de los títulos de participación en el capital social de las entidades en las que había invertido e incurrió en gastos operacionales de administración (f. 311 a 321, caa).

Estos elementos, entre otros de los que constan en el expediente, evidencian que el señalado acto de comercio lo ejerció con carácter empresarial, mediante una actividad económica organizada, que configuró la realización de una «*actividad comercial*» en los términos en que está definida como hecho generador del ICA. Por ende, los dividendos recibidos tendrían que integrarse en la base gravable del tributo, sin que a tal fin se pudiese invocar como eximente de la obligación la circunstancia de que las mencionadas acciones fuesen activos inmovilizados en su patrimonio.

La conjunción de los anteriores elementos permite advertir, con arreglo a los criterios de decisión judicial unificados en la providencia 2021CE-SUJ-4-002, que la participación de la demandante en el capital de distintas sociedades nacionales obedece al ejercicio de

una verdadera actividad empresarial en la jurisdicción de las sociedades emisoras de los títulos de participación retribuidos mediante dividendos. Está demostrado en el caso que se trata de una actividad económica organizada con criterio empresarial. En virtud de ese entendimiento, advierte la Sala que la actora ejerció –en la jurisdicción de la entidad demandada– una «*actividad comercial*» gravada con el ICA. Por tales motivos, se impone concluir que los dividendos recibidos por la contribuyente en calidad de inversionista deben integrar la base gravable del tributo objeto de pronunciamiento, sin que a dichos efectos «*sea determinante el giro ordinario de los negocios del inversionista, ni la formulación de su objeto social, ni la condición de activo fijo de las acciones poseídas, ni la profesionalidad o habitualidad con la cual se lleven a cabo las inversiones*».

Criterio establecido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado	Análisis probatorio	
	Sentencia Actiunidos	Sentencia Aminversiones
Acto de comercio del numeral 5° del artículo 20 del Código de Comercio	Participa como accionista en 9 sociedades mercantiles	Participa como accionista en 13 sociedades mercantiles
Afectación de un capital determinado a la actividad de inversión en sociedades comerciales.		
Uniformidad en el desarrollo de esa operación (inversión en sociedades comerciales).		
Actividad "organizada"	Manifestación del contador que indica que la sociedad se dedica a invertir en acciones con el fin de mantenerlas en sus activos fijos y obtener rendimientos	<p>Manifestación del contador que indica que la sociedad desde su constitución se dedica a manejar activos e inversiones del grupo empresarial al que pertenece</p> <p>Actos de administración y manejo de los títulos de participación en el capital social de las entidades en que había invertido</p>
Importancia relativa que la ejecución de esa actividad tenga para el contribuyente (en términos de proporción del patrimonio destinado a dicha actividad).	El balance de prueba muestra que el 66% del patrimonio es superávit de la valorización de sus distintas inversiones.	
	El 97% de los ingresos percibidos durante el periodo corresponden a dividendos	

Como se observa, no hay uniformidad en la “medida” o “cuantificación” de los criterios que se encuentran probados en cada caso particular, por lo que se recomienda ejercer una actividad probatoria robusta para aumentar el grado de certeza al concluir que la actividad bajo estudio constituye una actividad gravada con ICA.

Adicionalmente, es menester considerar lo que la doctrina ha precisado como actividad empresarial, así es que García F¹⁴ se refiere a la materialización de la actividad empresarial, “... cuando suponga la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos (de uno o de ambos) con la finalidad de **intervenir** en la producción o distribución de bienes o servicios”.

En este orden de ideas, resulta útil acudir a la noción de “empresa”, ya que la misma suministra valiosos elementos de juicio para establecer el “criterio empresarial”, por lo que es menester detenerse en la definición recogida en el artículo 25 del Código de Comercio que a la letra reza:

ARTÍCULO 25. <EMPRESA - CONCEPTO>. Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.

Por su parte, la Secretaría de Desarrollo Económico de Bogotá define a la empresa como la “Entidad en la que intervienen el capital y el trabajo como factores de producción de actividades industriales, mercantiles o para la prestación de servicios. No se trata de una entidad legal, sino de una organización que tiene objetivos definidos, como el lucro, el bien común o la beneficencia, y para cuya consecución utiliza factores productivos, produciendo bienes y servicios.”¹⁵

Bajo este presupuesto, y en el entendido que para definir la actividad económica como gravada desaparecen elementos que antes eran determinantes en su definición, para apuntar únicamente a la connotación de “organización empresarial”, la decisión de unificación de manera enunciativa brinda los lineamientos antes referidos.

Finalmente, habría que decir también que los efectos de la providencia de unificación en cuanto a los criterios determinantes de la actividad económica de inversión como gravada y su retribución de orden económico, no sólo se predica de las sumas percibidas a título de **dividendos**, sino que se hace extensiva a otros derechos apreciables en dinero, otorgados por las entidades mercantiles a los asociados, socios, accionistas y **partícipes**, formando parte de la base gravable del inversionista.

¹⁴ García F(2007) reflexiones sobre el concepto de actividad empresarial en el ámbito impositivo. https://app.vlex.com/#vid/reflexiones-actividad-empresarial-impositivo_448599

¹⁵ <http://www.desarrolloeconomico.gov.co/transparencia/informacion-interes/glosario>.



En atención a lo dispuesto, se modifican los conceptos emitidos por la Subdirección Jurídico Tributaria que le sean contrarios.

Elena Lucía Ortiz Henao

Revisado por:	<i>Elena Lucía Ortiz Henao</i>		15/03/2022
Proyectado por:	<i>María Cristina Cárdenas Acosta</i>		15/03/2022

www.shd.gov.co

Carrera 30 N° 25-90 Bogotá D.C. Código Postal 111311
PBX: +57(1) 338 50 00 - Información: Línea 195
NIT 899.999.061-9



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

SECRETARÍA DE HACIENDA

105-F.103

V.11