

LOS DIVIDENDOS COMO HECHO GENERADOR DEL ICA

El pasado 02 de diciembre de 2021, el Consejo de Estado, mediante la sentencia de unificación No. 25000-2337-000-2013-01107-01 (23424), determinó las reglas que se deben tener en cuenta, para que **los dividendos** sean sujetos del hecho generador del ICA, en los siguientes términos:

REGLAS DE UNIFICACIÓN- SENTENCIA CE-SUJ-4-002

Para que los dividendos constituyan base gravable para el impuesto de industria comercio y avisos, tanto para las personas naturales como jurídicas, se necesita que se cumpla la siguiente regla:

*“Los dividendos, constituyen actividad comercial gravada con el ICA cuando la misma la ejerce el sujeto pasivo **“con carácter empresarial”**, de conformidad con la siguiente explicación”:*

1. Llevar a cabo el acto de comercio como asociado en la constitución de sociedades comerciales, contemplado en el numeral 5° del artículo 20 del Código de Comercio, que regula los actos, operaciones y empresas mercantiles.
2. Realizar dicha **actividad comercial de manera organizada con carácter empresarial**, en los cuales se pueden dar los siguientes elementos:
 - a. Dedicarse a manejar activos e inversiones en sociedades comerciales.
 - b. Administrar y manejar inversiones en sociedades comerciales

- c. Incurrir en gastos operacionales de administración para el manejo de los títulos de participación en el capital social de las entidades donde se ha invertido, para controlar sus activos.
 - d. Obtener a cambio dividendos
3. No se puede invocar como eximente de la obligación si las acciones son activos fijos o activos movibles.
 4. No importa si la actividad comercial la realiza una persona natural, una persona jurídica o una sociedad de hecho.
 5. Tampoco importa si los dividendos se reciben en forma habitual o dentro del giro ordinario de los negocios (Ordinarios o extraordinarios)
 6. Para determinar si son gravados o no los dividendos, no incide para nada el objeto social de la sociedad.
 7. No se necesita para ser gravados los dividendos que se obtengan como una actividad profesional o habitual.
 8. Se desecha toda consideración subjetiva, para determinar si los dividendos son gravados o no con el ICA.
 9. Para que resulte gravada, la operación comercial tendrá que realizarse en el marco de una intervención organizada en el mercado, en la que 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.
 10. 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)⁹.

11. Así, los reconocidos «*actos de comercio aislados*»¹⁰, como es el caso del previsto en el ordinal 5.º del artículo 20 *ejusdem*, solo constituirán una actividad comercial gravada con el ICA **cuando sean desarrollados en forma organizada**. Al efecto son indicativos de la existencia de una organización empresarial:

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

12. Corolario de los anteriores análisis, la Sala precisa que, 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:**

- a. **Determinar si se desempeña con carácter empresarial** la participación en los fondos propios de personas jurídicas mercantiles,
- b. **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.

- c. De ser así, el ingreso obtenido se integrará en la base gravable del ICA del inversionista,
- d. 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.

Cuando concurren circunstancias de ese tipo, hay un alto grado de probabilidad de que se esté en presencia de una actividad mercantil.

Fecha elaboración: Mayo/24/2022

Este concepto tributario, no responsabiliza a la firma Grupo PRG Abogados SAS, ya que es una opinión particular que facilita el entendimiento de las normas y por lo tanto cada usuario deberá acudir a un especialista en derecho tributario para aplicar o no este estudio.

CALLE 100-19-61 OF 306 BOGOTÁ, D.C.

TEL. 601-6353692- CEL. 3202658274

Abogado Dr. Olmedo Parra Velásquez

WWW.PRGTRIBUTARISTAS.COM