



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 11001-03-27-000-2019-00050-00 (25031)
Demandante: Asobancaria

En el proceso de la referencia la Sala juzgó el criterio expresado por la autoridad de impuestos nacionales en los Oficios nros. 001171, del 16 de enero de 2019, y 014495, del 06 de junio de 2019, según el cual estaba gravada con la tarifa especial para los dividendos y participaciones (reglada en los artículos 242, 242-1 y 245 del ET) toda distribución de utilidades mediante el pago en especie con la entrega de acciones, aún tratándose de dividendos «*reconocidos como ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional*». Al respecto, la Sala determinó que la interpretación contenida en los Oficios acusados resultaba ilegal, toda vez que estaba consagrada una desgravación especial y expresa para los dos supuestos de «*distribución de utilidades en acciones, o su traslado a la cuenta del capital*» dispuestos en el artículo 36-3 del ET y, en esa medida, no sería exigible el impuesto que, por regla general, se causaría al percibir dividendos. Si bien comparto plenamente las consideraciones expuestas en la providencia, estimo que, a partir de las mismas, correspondía declarar la legalidad condicionada de los Oficios demandados, para reconocer la juridicidad de la interpretación que contienen, pero, bajo el entendido de que en todo caso no están sometidos al gravamen sobre los dividendos aquellos pagados en especie en las condiciones señaladas por el artículo 36-3 del ET.

Las siguientes son las razones que fundamentan el sentido de mi voto:

1- El artículo 36-3 mencionado fue introducido al ordenamiento fiscal mediante el artículo 6.º de la Ley 49 de 1990, con la declarada finalidad de «*fortalecer patrimonialmente a las empresas*» incentivando «*la capitalización de todos aquellos valores que hacen parte del patrimonio*» de las sociedades comerciales, con el «*desgravamen (sic) de la distribución que implican dichas capitalizaciones*»¹. Por ende, desde su redacción original, la norma eximió plenamente de tributación a los dividendos pagados en especie con la entrega de acciones, siempre que procedieran de utilidades por la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio², para lo cual los calificó como «*ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional*», régimen que también fue dispuesto para «*la distribución en acciones o la capitalización*» que hiciesen las sociedades cotizadas en la bolsa de valores, procedentes de la distribución «*de las utilidades que excedan de la parte que no constituye renta ni ganancia ocasional de conformidad con los artículos 48 y 49*».

2- Así, por razones de orden extrafiscal, los rendimientos derivados de la participación en los fondos propios de sociedades señalados en el artículo 36-3 del ET quedaron exentos de tributación, aun en la porción que, en otras circunstancias, resultaría gravada

¹ Exposición de motivos, Proyecto de ley nro. 70 de 1990.

² Inicialmente, ese beneficio tributario también se aplicaba a las capitalizaciones con cargo a la reserva del artículo 130 del ET y a la prima en colocaciones de acciones. Fue así hasta que el artículo 198 de la Ley 1607 de 2012 derogó la referencia a la prima y la Ley 1819 de 2016 el tratamiento aplicable a la reserva de que trataba el artículo 130 del ET.

tras la aplicación del mecanismo, contemplado en los artículos 48 y 49 *ejusdem*, para la mitigación de la doble tributación interna del binomio sociedad–socio.

3- Si bien a partir de la aprobación de la Ley 1819 de 2016 se cambió el mecanismo de atenuación de la doble tributación interna en la relación sociedad–socio, pasando, de un modelo de desgravación plena de los dividendos percibidos procedentes de utilidades que hayan estado gravadas en el impuesto sobre la renta de la persona jurídica, a uno de tributación, pero con tarifa diferencial (actuales artículos 242, 242-1 y 245 del ET), es lo cierto que la adopción del último esquema no contempló derogar la exención en el impuesto sobre la renta prevista en el artículo 36-3 del ET para las capitalizaciones a las que nos hemos referido.

4- Es de lamentar, porque propicia confusiones conceptuales y en el lenguaje, que al implementar el cambio mencionado la legislación haya conservado la terminología desarrollada en los artículos 48 y 49 del ET, que al día de hoy lleva a afirmar que existen unos dividendos que «*no constituyen renta ni ganancia ocasional*» pero están gravados con el impuesto sobre la renta con las tarifas contempladas en los artículos 242, 242-1 y 245 *ejusdem*. Esa terminología de los artículos 48 y 49 del ET solo guardaba sentido en el régimen de desgravación de los dividendos distribuidos a los socios, procedentes de utilidades que hayan estado gravadas en el impuesto sobre la renta de la sociedad, que rigió hasta la modificación hecha por la Ley 1819 de 2016.

5- Con todo, teniendo en cuenta los datos jurídicos referidos, ocurre que lo preceptuado en el artículo 36-3 del ET se superpone al mecanismo de mitigación de la doble tributación interna entre sociedad y socio, pues así lo concibió originalmente el artículo 6.º de la Ley 49 de 1990, sin que el precepto haya sido derogado por la modificación introducida por la Ley 1819 de 2016, ni por las leyes de reforma tributaria posteriores a esta.

6- Es por estos motivos que comparto el criterio de decisión expuesto por la Sala, según el cual, en los dos supuestos previstos en el artículo 36-3 del ET no sería exigible el impuesto sobre la renta a los dividendos dispuesto por los artículos 242, 242-1 y 245 del ET, por cuanto el legislador previó la desgravación del reparto de dividendos en especie, mediante la entrega de acciones liberadas, que resultara de la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio y de las utilidades gravadas percibidas por las sociedades cuyas acciones cotizan en bolsa. Por consiguiente, la interpretación expuesta por la autoridad tributaria en los Oficios que se juzgaron sería nula, pero solamente en cuanto llevaría a entender que la imposición sobre los dividendos cobijaría aquellos a los que se refiere el artículo 36-3 del ET; mientras que estaría ajustada al ordenamiento en lo que respecta a las demás capitalizaciones que den lugar al pago de dividendos con la entrega de acciones liberadas, que sí estarían gravadas con el impuesto sobre la renta, conforme con las reglas generales previstas a esos efectos.

7- Corolario de lo dicho, estimo que el estudio efectuado por la Sala llevaba a declarar la legalidad de los Oficios demandados, condicionada al entendido de que, en todo caso, no están gravados los dividendos pagados mediante la entrega de acciones a los que se refiere el artículo 36-3 del ET.

8- En vista de la nulidad plena decidida mayoritariamente por la Sala, estimo pertinente advertir que esa declaración no implica que se juzgue que el pago de dividendos con la entrega de acciones liberadas en todos los casos se encuentra desgravada, porque, como precisó el fallo «*la única distribución de utilidades en acciones que es no gravada es la de revalorización del patrimonio, pues el resto de las utilidades que sean distribuidas en acciones o capitalizadas si se encuentran sujetas a las reglas de los*



Radicado: 11001-03-27-000-2019-00050-00 (25031)
Demandante: Asobancaria

artículos 48 y 49 del ET y, por ende, a las tarifas especiales».

Atentamente,

(Firmado electrónicamente)
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ