

Ignacio
Sanín
Bernal
y Cia

ABOGADOS

Injerencia de las últimas reformas tributarias en el régimen societario colombiano

Juan Esteban Sanín Gómez

2017

Injerencia recíproca societaria y tributaria

- El derecho tributario y el derecho societario son **inescindibles**.
- Hay veces que dichas regulaciones se **complementan**, otras veces sus conceptos se **contraponen**.... pero no puede concebirse la una sin la otra.
- Existen paradigmas jurídico-fiscales que han sido considerados como realidades inquebrantables. Las últimas tres reformas tributarias (L1607/2012, L1739/2014, L1819/2016) los han quebrantado.

Algunos puntos de encuentro en materia societaria y tributaria donde se rompen paradigmas

- El dividendo
- Las nuevas formas societarias
- Los nuevos tipos de acciones
- Los nuevos tipos de accionistas
- Las reorganizaciones
- Las operaciones de deuda y patrimonio
- La limitación de responsabilidad en materia societaria
- Las nuevas causales de liquidación
- Los derechos y deberes de los liquidadores
- La transferencia de acciones y el cambio de composición accionaria
- El desarrollo del objeto social
- La prima en colocación de acciones
- La normatividad fiscal que rige a las sociedades en Colombia.

El dividendo

Paradigma: “al haber tributado la sociedad sobre tales utilidades, estas se distribuyen sin impuestos al socio”

- **Es parcialmente cierto:**

- Impuesto al dividendo (L.1819/2016)
- Impuesto de Industria y Comercio
- Aporte a la seguridad social para rentistas de capital (por salud/pensión)

¿Cuál es la rentabilidad real del dividendo?

- **Algunas consideraciones/oportunidades:**

- Distribución de dividendos a Sociedades Nacionales (y posiblemente a **ESAL**) es **INCRNGO**
- Distribución de dividendos en acciones es **INCRNGO**
- Si las acciones se poseen como activo fijo, el dividendo no genera **ICA**
- Si el dividendo se paga en un solo contado sólo se efectúan aportes en 1 mes.
- Si el pago del dividendo lo recibe un tercero (usufructuario, acreedor prendario) no está obligado el accionista al pago de aportes a la seguridad social.

Únicos casos que se adhieren al paradigma:

- Dividendos percibidos por personas naturales hasta 600 UVT
- Dividendos recibidos por Sociedades Nacionales y,
- Dividendos recibidos por residentes en países con CDI (España y Suiza (+20% del Capital)), (Chile +25% del Capital) y México (+0% del Capital)

El dividendo

Paradigma: *“El dividendo no tiene que distribuirse a prorrata de la participación accionaria que cada accionista tenga en la sociedad”.*

- Los artículos **144, 150, 247 y 332** del C. de Co. establecen que el dividendo (y los reembolsos de capital y remanentes en la liquidación) pueden distribuirse en proporciones diferentes al establecido en el capital, pero el artículo 42 del **decreto 2053 de 1974 (norma fiscal, especial y posterior)** indica que *“para efectos tributarios, la proporción de la renta atribuible al respectivo socio, comunero o asociado sólo podrá ser directamente proporcional a la que corresponde a los aporte de capital”.*
- Qué ha pasado estas décadas con las acciones privilegiadas y acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto?
- Al crearse la S.A.S., se permite expresamente la flexibilidad en el pago del dividendo, pero ello no invalida la existencia de una norma fiscal expresa.

El dividendo:

Paradigma: “el dividendo es la utilidad pagada al accionista de conformidad con el contrato de sociedad”.

- También constituye dividendo, según el art. 30 del E.T.

“La transferencia de utilidades que corresponden a rentas y ganancias ocasionales de fuente nacional obtenidas a través de los establecimientos permanentes o sucursales en Colombia (...) a favor de empresas vinculadas en el exterior”.

Solución práctica para gravar la repatriación de rentas exentas a las casas matrices, pero desnaturaliza por completo el concepto societario de dividendo.

El dividendo

Paradigma: “La renuncia al dividendo no tiene ningún efecto fiscal”

- Oficio 220-111369 del 2017, de la Superintendencia de Sociedades *“renuncia a recibir acciones producto de la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio equivale a efectuar una donación a favor de terceros”*.
- Efectos:
 - Para el donante: Insinuación notarial y gasto no deducible.
 - Para el receptor: Ganancia ocasional (10%)
 - Para ambos: Revocatoria de las donaciones en caso de muerte del donante o de ingreso a un proceso de reorganización.

El dividendo

Paradigma: “solo los accionistas tienen derecho a percibir el dividendo en calidad de tal”.

Sentencia Consejo de Estado – Frigorífico San Martín de Porres

- El **dividendo es dividendo**, sin importar a quien se le pague.
- La ley establece que este se puede pagar a accionistas, socios y **similares**.
- El **acreedor prendario**, con cesión de derechos económicos, puede recibir los derechos económicos de la acción como dividendos. (Consejo de Estado, Sentencia 18788 del 10 de septiembre del 2014. C.P. Martha Teresa Briceño).
- El **usufructuario** puede recibir, en calidad de dividendo, los frutos de las acciones sometidas a usufructo. (Consejo de Estado, Sentencia del 12 de diciembre de 1991 C.P. Jaime Abella Zárate)

El dividendo:

Paradigma: “Se tributa sobre el dividendo efectivamente percibido”.

- Regla de realización del dividendo por **pago o abono en cuenta** (y no devengo) se ha mantenido incólume.
- Así mismo, la ley 100/93 (art. 19) que regula la base de cotización para trabajadores independientes indica que se cotiza sobre “*los ingresos declarados guardando correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos*”.
- **El régimen ECE rompe el paradigma (se adopta el devengo en dividendos)**
- El régimen de **Empresas Controladas del Exterior (ECE)** genera una ficción de ingresos por dividendos que rompen este paradigma, pues se tributa sobre los mismos sin haberlos efectivamente percibido!!

El dividendo:

Paradigma: “dividendos recibidos de sociedades extranjeras, por sociedades Colombianas, son gravados en Colombia y sólo tienen los descuentos directos o indirectos del artículo 254”

- Esto se deduce de una lectura simple del artículo 49 y del artículo 254 del E.T.

Sin embargo....

- El artículo 48 (modificado por la Ley 1819) estableció que “Los dividendos y participaciones percibidas por los socios, accionistas, comuneros, asociados, suscriptores y similares **que sean sociedades nacionales** no constituyen renta ni ganancia ocasional”.

No se califica ni condiciona el origen de la renta y la sociedad receptora es nacional.... Será INCRGO??

El dividendo:

Paradigma: “El dividendo recibido por ESAL es gravado”.

- La ley 1819 de 2016 considera que los dividendos percibidos por **sociedades nacionales** son INCRGO.
- El proyecto de decreto que regula las ESAL extiende el régimen de INCRNGO a tales entidades.... ¿Excede esto la potestad regulatoria?

El dividendo:

Paradigma: “A las participaciones en los fondos les son aplicables las normas sobre dividendos”.

- **Artículo 48 de E.T., inciso final** establece que “Se asimilan a dividendos las utilidades provenientes de fondos de inversion, de fondos de valores administrados por sociedades anónimas comisionistas de bolsa, de fondos mutuos de inversion y de fondos de empleados que obtengan los afiliados, suscriptores o similares de los mismos”.

Problema: Los Fondos no son contribuyentes del impuesto sobre la renta (art. 21-3). El dividendo debería pagarlo el suscriptor y además deberían pagar el impuesto a los dividendos!

- **Oficio DIAN 013279 del 30 de mayo de 2017** concluyó que “ (...) el inciso final del artículo 48 del ET no es aplicable a las utilidades que distribuyan los fondos de inversión colectiva. En consecuencia, las mismas no se encuentran gravadas con el impuesto sobre la renta y complementarios por concepto de dividendos. (...) sigue imperando el principio de transparencia (...)”.

Norma válida pero ineficaz. Inconstitucional por violar el art 2, 4 y 230?

El dividendo

Paradigma: “*El dividendo no es deducible*”

- Lo reitera el artículo 61 No. 2 de la Ley 1819 de 2016.
¿Para qué reiterar lo que supuestamente es claro?
- Casos en que el dividendo es (¿o era?) deducible:
 - **NORMA LABORAL:** Artículo 40, Ley 789 de 2002 (democratización accionaria con trabajadores)
 - **NORMA SOCIETARIA:** Pago de intereses sobre el capital por empresas en etapa pre-operativa (Art. 149 del C. de Co.).
 - **NORMA FISCAL:** Dividendo de acciones preferentes (Art. 35 L.1819/2016), siempre que no exceda el límite de la subcapitalización.
 - **NORMA FISCAL:** Distribución de utilidades en contratos de colaboración. (Art. 18 del E.T.....aplica a las sociedades?).

Las nuevas formas societarias

Paradigmas: *“Las nuevas formas societarias son aquellas establecidas en la legislación mercantil” y “la redomiciliación no está permitida en Colombia”*

- Nuestro paradigma era que en Colombia solo existían las sociedades tradicionales del C. de Co.

Gracias a la legislación fiscal...

- **IMPORTACIÓN SOCIETARIA:** Hoy pueden ser consideradas como sociedades nacionales las sociedades del exterior (por **Sede de Administración Efectiva**). Así pues, podemos tener LLC o ETVE's sacando RUT para declarar renta.
- **EXPORTACIÓN SOCIETARIA:** Se logra el efecto práctico de la **redomiciliación**; puedo ser sociedad extranjera y al tiempo residente fiscal en Colombia. **Efecto práctico** (impuesto a los dividendos, retención por pagos al exterior, precios de transferencia con vinculados económicos del exterior...)

Los nuevos tipos de acciones

Paradigma: “Los tipos de acciones son los que están consagrados en la legislación mercantil”.

Tipos de acciones o cuotas según el Código de Comercio

- **Sociedad Colectiva:** Partes de Interés.
- **Sociedad de R. Ltda:** Cuotas.
- **Sociedad Agraria de Transformación:** Cuotas.
- **Sociedad en Comandita:**
 - **Simple:** Partes de Interés (Gestor)/ Cuotas (comanditario)
 - **Por Acciones:** Acciones (comanditario y gestor)
- **Sociedad Anónima:** Acciones (ordinarias, privilegiadas, con dividendo preferencial y sin derecho a voto, de goce o industria).
- **S.A.S.** Acciones con voto singular o múltiple, con dividendo preferencial y de **cualquier** otra clase.

Tipos de acciones según la legislación fiscal:

Acciones **Preferentes** / Otras Acciones

Los nuevos tipos de accionistas

Paradigma “Los E.P.’s no pueden ser accionistas en sociedades colombianas”.

- **NORMA COMERCIAL:**

“Al no ser las sucursales de sociedades extranjeras personas jurídicas, no pueden participar estas en procesos de fusión y escisión, ni como absorbentes ni como absorbidas y en el caso de la escisión, ni como escidentes ni como beneficiarias”.
Oficio 220-108141 Octubre 24 de 2008

“No es jurídicamente viable que las sucursales de sociedades extranjeras **sean accionistas o socias en sociedades**”. (CONCEPTO N° 220-071133 de 14-12-2005)

- **NORMA FISCAL :**

Ley 1819/2016 Art. 8

“La tarifa del impuesto sobre la renta aplicable a los dividendos y participaciones que se paguen o abonen en cuenta a establecimientos permanentes en Colombia de sociedades extranjeras será del cinco por ciento (5%) (...)”.

Serán los E.P.’s un ejemplo de “similares”?

Los pagos con acciones propias

Paradigma “*Los pagos con acciones propias no son deducibles*”.

- **NORMA COMERCIAL:**

Comercialmente, una sociedad puede pagar una deuda con acciones propias (capitalización de acreencias) pero tales pagos no son deducibles.

- **NORMA FISCAL :**

Ley 1819/2016 Art. 64

Tratamiento Tributario de los Pagos Basados en Acciones

- El valor, determinado según lo establecido en el artículo 90 del E.T. es deducible para la sociedad.

- El ingreso se realiza en el momento en que se entreguen las respectivas acciones, el trabajador figure como accionista de la respectiva sociedad o se efectúe la correspondiente anotación en cuenta (lo que suceda primero).

Las reorganizaciones

Paradigma: “Tenemos un sistema de neutralidad fiscal en las reorganizaciones”.

Sistema **complejísimo** que pudo haberse reemplazado por uno que gravara las operaciones:

- Sin motivo económico válido
- Las fusiones y escisiones asimétricas
- **Indefinición de los sujetos pasivos y de las bases gravables:**
“Las **fusiones** y escisiones adquisitivas o reorganizativas que no cumplan con los requisitos aquí establecidos “constituyen enajenación para efectos tributarios y están gravadas con el impuesto sobre la renta (...) de acuerdo con las disposiciones aplicables en materia de enajenación de activos fijos (E.T. Art. 319-7)”.

Gravadas para quién? Principio de Certeza del Tributo? Inconstitucional?

Las reorganizaciones (2)

Paradigma: *“Tenemos un sistema de neutralidad fiscal en las reorganizaciones”*

- **Fusión de Sociedad Extranjera (absorbente) con Sociedad Colombiana (absorbida)**

Esta operación constituye enajenación (Art. 319-4 p. 2)... pero **enajenación para quién? Para la absorbida colombiana? O para sus accionistas?**

- **Escisión de activos diferentes a unidades de explotación económica y establecimientos de comercio es gravada como enajenación de activo.**

Gravado para quién? Para el enajenante (si disminuyó su patrimonio)?

- **Debería aplicarse también este régimen a las permutas de bienes.**

En ellas no se realiza una utilidad. **Simplemente hay una expectativa de valorización.**

- **Fusión o escisión de entidades extranjeras**

Activos en Colombia se entenderán enajenados, salvo que representen menos del 20% del total de activos del Grupo. **¿Todos los activos se entienden enajenados? O sólo aquellos relacionados con la operación?**

Operaciones de deuda y patrimonio:

Paradigma: “Una operación de deuda no puede ser simultáneamente una operación de patrimonio, ni una operación de patrimonio puede ser simultáneamente una operación de deuda.”

Operaciones de **patrimonio** recaracterizables objetivamente en operaciones de **deuda**:

- Acciones preferentes (Art. 33-3 de la L.1819/2016)

Operaciones de **deuda** recaracterizables objetivamente en operaciones de **patrimonio**:

- Operaciones de financiación realizadas con vinculados del exterior y cuyos elementos esenciales no son comparables con otras operaciones realizadas con partes independientes (E.T. Art. 260-4 inc. 1 numeral a).

Recaracterización subjetiva (Art. 300, Ley 1819/2016)

- “independientemente de cualquier intención subjetiva adicional” (...) “podrá recaracterizar o reconfigurar toda operación o serie de operaciones que constituyan abuso en materia tributaria (...) y desconocer sus efectos”.

La limitación de la responsabilidad en materia societaria

Paradigma: “*el accionista responde hasta el monto de sus aportes*”

- **Efectos de la constitución de sociedades-** (Art. 98 C. de Co.)

- Personificación jurídica
- Separación patrimonial y limitación de riesgo de los asociados

Excepción-

- Desestimación de la personalidad jurídica o descorrimiento del velo corporativo

Puede darse en los siguientes eventos:

E.T Art. 794-1

Artículo 37 de la Ley 142 de 1994,

Artículo 44 de la Ley 190 de 1995,

Artículos 31, 71, 148 y 207 de la Ley 222 de 1995,

Artículos 49 Numeral 8o, 61, 82 y 83 de la Ley 1116 de 2006,

Artículo 24, numeral 5º, literal d) del Código General del Proceso y Art. 44 L. 1258/2008

La liquidación (nuevas causales)-

Paradigma: "la sociedad, como contrato, se liquida por voluntad de los asociados o por las causales consagradas en la norma societaria."

- **Ley 1727 de 2014** (funcionamiento de las Cámaras de Comercio)
- **Art. 31.** Sociedades que no hayan renovado matrícula mercantil en los últimos 5 años quedarán disueltas y en estado de liquidación.

Por tener una deuda civil, el Estado (tercero) interviene en un contrato privado, disolviéndolo, e impidiendo la realización del objeto social. **Transgrede esta norma el artículo 333 de la C.P.?**

Los derechos y deberes de los liquidadores

Paradigma: “Los liquidadores pueden representar a la sociedad una vez esta se extinga”

- Pese a que una sociedad se encuentre liquidada, en virtud de los artículos **22, 228, 230, 234 y 241** del C. de Co., ésta sigue respondiendo por sus pasivos a través de su liquidador.
- La liquidación no tiene poder liberatorio en materia fiscal:
 - Consejo de Estado. Sent. 19 de abril de 1996. C.P. Guillermo Chaín
 - DIAN Oficio N. 61419 del 28 de septiembre de 2012
- Sin embargo, al momento de que un liquidador de una sociedad liquidada demanda la nulidad de un acto administrativo de la DIAN, algunos Jueces consideran viable la excepción de **inexistencia de la parte actora**.

Transferencia de acciones o cambio de composición accionaria: **Paradigma: “Las acciones o cuotas son libremente transferibles”.**

NORMA SOCIETARIA

- El artículo **379 del C. de Co.** establece que es un derecho del accionista:
 - 3) *El de negociar libremente sus acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia a favor de la sociedad o de los asociados, o de ambos.*

NORMA FISCAL

- Ley 1819/2016. Art. 100
“El cambio en la composición accionaria de estas sociedades (sociedades L. 1429), con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, implica la pérdida del tratamiento preferencial y se someten a la tarifa general prevista en este artículo”.

Qué es composición accionaria? Violación al artículo 333 de la C.P.?

Desarrollo del Objeto Social-

Paradigma: “El objeto social puede ejercerse libremente siempre que no vaya en contra de la ley o buenas costumbres”

Limitación indirecta de la norma fiscal sobre la actividad mercantil

NORMA COMERCIAL.

- El C. de Co. (art. 110 –4) establece que el objeto social es “*la empresa o negocio de la sociedad*”. Este deberá ser lícito (no contrariar la ley ni las buenas costumbres).

NORMA FISCAL

- Ley 1819/2016. art. 237. Sociedades ZOMAC deben realizar **TODA** su actividad en las ZOMAC o de lo contrario pierden los beneficios.

La prima en colocación de acciones –

Paradigma: “integra siempre la base para el impuesto de registro”.

NORMA COMERCIAL:

- Decreto 1154 de 1984/ ARTÍCULO 1o.

“Para los efectos del artículo 376 del Código de Comercio, las sociedades por acciones **deberán inscribir en el Registro Mercantil los aumentos del capital suscrito**, dentro del mes siguiente al vencimiento de la oferta para suscribir. Así mismo, deberá registrarse en monto del capital pagado, dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo para el pago de las acciones suscritas o al término de la oferta de suscripción según se trate”.

NORMA FISCAL:

Ley 1607/2012 Artículo 229. *Base gravable*. “Está constituida por el valor incorporado en el documento que contiene el acto, contrato o negocio jurídico. Cuando se trate de inscripción de contratos de constitución de sociedades, de reformas estatutarias o actos que impliquen el incremento del capital social o del capital suscrito, la base gravable **está constituida por el valor total del respectivo aporte, incluyendo el capital social o el capital suscrito y la prima en colocación de acciones** o cuotas sociales”.

Conclusión: La prima integra la base del Imp. De Reg. Cuando se informa innecesariamente.

La prima en colocación de acciones –
Paradigma: “Es viable absorber pérdidas contra la cuenta de prima”.

TESIS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

“(…) El Despacho, después de revisar el tema, considera legalmente viable enjugar las pérdidas sin que la sociedad esté en causal de disolución contra la cuenta prima en colocación de acciones, cuotas o partes de interés”.
Supersociedades Oficio 220-003212 Del 10 de Enero de 2012.

“La prima podrá aplicarse a pérdidas siempre que la sociedad se encuentre en causal de disolución tal como se predica del capital social” Supersociedades
Concepto 220-007226 del 29/01/2015

NORMA CONTABLE - FISCAL

D.2649/1993 Art. 86 **“La prima en la colocación de aportes y las valorizaciones no se pueden utilizar para compensar cargos o créditos aplicables a cuentas de resultado ni pueden mezclarse con las ganancias o pérdidas acumuladas”.**

Normatividad fiscal que rige las sociedades

Paradigma: “A las sociedades solo le son aplicables las normas fiscales sobre sociedades”.

- Ley 1819/2016 Art. 20:

“Los contratos de colaboración tales como (...)” (Contrato de sociedad?)

Efectos:

- **Dividendo mínimo garantizado tendría IVA**
- Socios deben declarar independientemente activos, pasivos, ingresos, costos y gastos.
- Certificación del representante legal a los socios sobre actividades.

Pero bajo esa misma línea....

- **No son contribuyentes del impuesto sobre la renta**

Ignacio
Sanín
Bernal
y Cia

ABOGADOS

Gracias!

juan.sanin@isanin.com.co