

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA



CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

BOGOTÁ D.C., DICIEMBRE NUEVE (9) DE DOS MIL TRECE (2013)

| | |
|-------------------|--|
| ACCIÓN | NULIDAD |
| DEMANDANTE | JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO Y HERNANDO RUEDA AMOROCHO |
| DEMANDADA | NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL |
| RADICADO | 11001032700020100000200 – 1100103270002010001400 (18068 y 18254 acumulados) |
| DECISIÓN | NULIDAD PARCIAL |
| ASUNTO | FACULTAD REGLAMENTARIA |

FALLO

Se decide, en única instancia, las demandas que en ejercicio de la acción de simple nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, interpusieron los ciudadanos JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO y HERNANDO RUEDA AMOROCHO.

1. DEMANDAS

1.1. Proceso No. 18068:

El ciudadano JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO demandó la nulidad de los textos subrayados de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 667 de 6 de marzo de 2007, por medio del cual se reglamentó el artículo 249 del Estatuto Tributario, que enseguida se transcribe:

“DECRETO NÚMERO 667 DE 2007
(Marzo 6)

Demandantes: JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO Y HERNANDO RUEDA AMOROCHO
Demandada: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 249 del Estatuto Tributario El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y el artículo 249 del Estatuto Tributario.

DECRETA:

“Artículo 1º. Son beneficiarios del descuento tributario a que se refiere el artículo 249 del Estatuto Tributario, los contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios que inviertan en la capitalización de sociedades que coticen sus acciones en una bolsa de valores, mediante la adquisición de acciones provenientes de una oferta pública. Tales sociedades deberán corresponder a aquellas constituidas antes de la vigencia de la Ley 1111 de 2006 o las que se constituyan a partir de su vigencia, cuyo objeto social exclusivo sea la realización de actividades de producción agropecuaria, en las que la propiedad accionaria esté altamente democratizada.

Parágrafo. Únicamente para efectos del beneficio de que trata el presente artículo, se entiende que la propiedad accionaria está altamente democratizada, cuando antes de realizar la emisión o emisiones de acciones, por lo menos el veinte por ciento (20%) de las acciones en circulación de la sociedad pertenezca a inversionistas diferentes del grupo o personas que la controlen.

Artículo 2º. El beneficio tributario de que trata este decreto corresponde a un descuento tributario equivalente al valor de la inversión realizada en la adquisición de acciones emitidas por las sociedades mencionadas en el artículo anterior, sin que dicho descuento exceda del (1%) uno por ciento de la renta líquida gravable del período fiscal en el cual se realiza la inversión. En ningún caso este descuento puede exceder del impuesto básico de renta.

Artículo 3º. Para efectos del descuento de que trata el presente decreto son empresas exclusivamente agropecuarias, aquellas sociedades por acciones cuyo objeto social principal corresponde al desarrollo de actividades de producción de bienes agrícolas y/o pecuarios primarios convertibles en alimentos para consumo humano y animal e igualmente susceptibles de convertirse en insumos destinados al desarrollo de actividades agropecuarias, incluidas aquellas materias primas que se originan en la actividad productiva primaria y son sometidas a procesos agroindustriales para la generación de bienes con valor agregado. Por tanto, la inversión relativa al descuento tributario tiene como finalidad que los recursos provenientes de la colocación de acciones se destinen al desarrollo del objeto social mencionado.

Artículo 4º. Son requisitos que condicionan la procedencia del descuento tributario de que trata el presente decreto, los siguientes:

1. La sociedad emisora de las acciones en la cual se realiza la inversión deberá corresponder a las que se refiere el artículo primero de este Decreto.

2. Cuando la Administración Tributaria lo exija, deberá acreditar mediante certificado expedido por el revisor fiscal de la sociedad receptora de la inversión lo siguiente:

– Que por lo menos el veinte por ciento (20%) de las acciones en circulación de la sociedad pertenece a inversionistas diferentes del grupo o personas que la controlen.

– Que la propiedad de las acciones se mantiene o se ha mantenido por un término no inferior a dos (2) años por parte del contribuyente adquirente primario, contados a partir de la fecha del registro de la propiedad de las acciones en el

Referencia: 11001032700020100001401 y 11001032700020100001400

Radicados: 18068 y 18254

3

Demandantes: JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO Y HERNANDO RUEDA AMOROCHO
Demandada: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

libro de registro de acciones, que para el efecto lleve la sociedad emisora o el administrador de las acciones.

.....”

Las normas violadas por las expresiones subrayadas de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 667 de 2007, son los artículos 6, 13, 121, 189 numeral 11 de la Constitución Política así como el artículo 14 de la Ley 1111 de 2006, y sobre el concepto de violación, en síntesis expuso:

Los apartes demandados de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 667 de 2007 establecen requisitos para el ejercicio del derecho a obtener el descuento tributario autorizado en el artículo 249 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 14 de la Ley 1111 del 27 de diciembre de 2006, no previstos en esta última norma.

Tales expresiones lesionan el derecho a la igualdad de los propietarios de títulos o acciones ya emitidas por las sociedades agropecuarias que cotizan en bolsa, por cuanto no les permite obtener liquidez mediante la negociación de sus acciones con el beneficio tributario previsto en el artículo 249 del Estatuto Tributario y los ponen en desventaja frente a quienes adquieran acciones de las sociedades agropecuarias que para capitalizarse, emitan acciones y las ofrezcan públicamente.

Restringen los presupuestos del artículo 14 de la Ley 1111 de 2006, al disponer que el derecho al descuento tributario únicamente lo tienen los contribuyentes del impuesto de renta que inviertan en capitalizar sociedades mediante la adquisición de acciones provenientes de oferta pública.

1.2. Proceso No. 18254:

El ciudadano HERNANDO RUEDA AMOROCHO demandó la nulidad de los siguientes textos subrayados del artículo 1º del Decreto 667 de 6 de marzo de 2007:

“DECRETO NÚMERO 667 DE 2007 (Marzo 6)

*Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 249 del Estatuto Tributario
El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el numeral 11 del*

Demandantes: JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO Y HERNANDO RUEDA AMOROCHO
Demandada: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

artículo 189 de la Constitución Política, y el artículo 249 del Estatuto Tributario.

DECRETA:

“Artículo 1º. Son beneficiarios del descuento tributario a que se refiere el artículo 249 del Estatuto Tributario, los contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios que inviertan en la capitalización de sociedades que coticen sus acciones en una bolsa de valores, mediante la adquisición de acciones provenientes de una oferta pública. Tales sociedades deberán corresponder a aquellas constituidas antes de la vigencia de la Ley 1111 de 2006 o las que se constituyan a partir de su vigencia, cuyo objeto social exclusivo sea la realización de actividades de producción agropecuaria, en las que la propiedad accionaria esté altamente democratizada.

Parágrafo. Únicamente para efectos del beneficio de que trata el presente artículo, se entiende que la propiedad accionaria está altamente democratizada, cuando antes de realizar la emisión o emisiones de acciones, por lo menos el veinte por ciento (20%) de las acciones en circulación de la sociedad pertenezca a inversionistas diferentes del grupo o personas que la controlen.

.....”

Los apartes subrayados del artículo 1º del Decreto 667 de 2007 violan los artículos 4, 113, 114, 189 numeral 11 y 338 de la Constitución Política y el artículo 14 de la Ley 1111 de 2006 y, en resumen, conceptuó sobre su violación lo siguiente:

Al incluir el artículo 1º del Decreto 667 de 2007 las expresiones: “*la capitalización de*” y “*provenientes de una oferta pública*”, realizó una ampliación y alteración de la norma que reglamenta, pues estas expresiones modifican el sentido de la norma al establecer requisitos para la procedencia del descuento tributario, con lo cual se desborda la facultad reglamentaria, invadiendo el campo del legislador.

Los apartes demandados no observaron la voluntad del legislador de estimular el sector agropecuario e incentivar el crecimiento de la bolsa de valores, pues limita el beneficio a la inversión mediante la adquisición de acciones provenientes de una oferta pública.

2. CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS

2.1. Proceso No. 18068:

La **Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones porque, en síntesis, consideró:

Revisados los artículos demandados del Decreto 667 de 2007 no se observa prohibición alguna a que los propietarios de acciones ya emitidas de sociedades agropecuarias enajenen sus acciones para obtener liquidez, por lo

Demandantes: JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO Y HERNANDO RUEDA AMOROCHO
Demandada: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

tanto, no estarían en una situación injusta y desventajosa con respecto a las sociedades que emitan acciones para capitalizarse y las ofrezcan públicamente.

Los titulares de acciones ya emitidas o adquiridas con anterioridad a la vigencia de la Ley 1111 de 2006 pueden enajenarlas sin ninguna limitación, pero no gozarán del descuento tributario consagrado en el artículo 14 *ibídem*, pero, no por disposición del decreto demandado, sino porque así lo determina el principio universal de hermenéutica según el cual las leyes rigen hacia el futuro.

La finalidad del beneficio consagrado en el artículo 249 del Estatuto Tributario es el de capitalizar a las empresas exclusivamente agropecuarias, mediante la emisión de acciones que se coticen en bolsa, considerándose que están excluidas del descuento tributario consagrado en dicha norma, las operaciones en el mercado secundario de acciones puesto que en estas transacciones no se está capitalizando a las empresas agropecuarias.

La **Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural** contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y solicitó se desestimen porque, en resumen, estimó:

El decreto demandado fijó unos requisitos que desarrollan los presupuestos señalados en el artículo 14 de la Ley 1111 de 2006 para ser beneficiario del descuento tributario creado en dicha norma y que no son contrarios a lo expresamente definido en dicho artículo.

Si se trata de sociedades agropecuarias altamente democratizadas, debe visibilizarse dicha situación, previa emisión de las acciones que coloquen en oferta pública, lo cual no es un requisito adicional ni extraño a lo preceptuado en el citado artículo 14.

Sobre la permanencia de la inversión por un término no inferior de dos años resulta lógico, porque el descuento tributario es un ahorro impositivo al cual se somete voluntariamente el contribuyente adquirente primario, por lo tanto, si

Demandantes: JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO Y HERNANDO RUEDA AMOROCHO
Demandada: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

éste llegara a vender las acciones adquiridas antes de dicho término, ni él ni el nuevo adquirente pueden aplicar el descuento tributario en su declaración de renta.

No existe un trato discriminatorio entre los propietarios de acciones ya emitidas y los propietarios que adquieran nuevas acciones de las sociedades agropecuarias, porque los contribuyentes que inviertan en acciones adquiridas en oferta pública deben mantener la inversión por un término no inferior a dos años para no perder el descuento tributario, pues la finalidad del artículo 14 de la Ley 1111 de 2006 es otorgar un descuento tributario a cambio de atraer nuevas inversiones que fortalezcan el sector agropecuario.

2.2. Proceso No. 18254:

La **Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con los siguientes argumentos:

El artículo 1° del Decreto 667 de 2007 lo que hace es dar aplicación a la Ley, reglamentando la forma de adquisición de las acciones que se coticen en una bolsa de valores, cuyo objetivo es la capitalización de la sociedad que emite dichas acciones y que debe ser una empresa agropecuaria, cuya propiedad accionaria esté altamente democratizada, lo que implica que las acciones deben adquirirse en oferta pública para dar oportunidad a cualquier persona que quiera invertir en dichas empresas y obtener beneficio, diferente de los socios que controlan la sociedad.

Para cumplir con el objetivo de la democratización, la adquisición de las acciones debe ser en oferta pública y que las acciones se hayan cotizado en bolsa de valores por parte de la empresa agropecuaria, pues si se aceptara la interpretación del actor de la capitalización de las empresas ceñidas en forma estricta a la normativa del Código de Comercio, como es la capitalización por acreencias, se estaría beneficiando únicamente a los socios de la misma empresa, lo cual desvirtúa los fines perseguidos por el legislador consistentes

Demandantes: JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO Y HERNANDO RUEDA AMOROCHO
Demandada: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

en el incremento real del patrimonio de la empresa agropecuaria que conlleva el desarrollo y crecimiento de este sector.

Una interpretación en el sentido pretendido por el actor conllevaría la concentración de capital en manos de unos pocos y, por ende, la restricción del beneficio, llevando así a la creación de monopolios que están prohibidos por la Constitución Política, lo cual distorsionaría la finalidad de la norma.

La **Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y solicitando se desestimen, sustentándose en similares argumentos a los expresados al contestar la demanda en el proceso No. 18068.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los ciudadanos **JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO** y **HERNANDO RUEDA AMOROCHO**, **accionantes**, en sus respectivos alegatos de conclusión ratificaron sus argumentos mediante los cuales estimaron que son nulos los apartes demandados de los artículos del Decreto 667 de 2007.

La **Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, no presentó alegato de conclusión.

La **Nación - Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural**, presentó alegato y reiteró los argumentos expuestos en las contestaciones de las demandas.

La **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales** presentó alegato de conclusión, sin embargo; no se tendrá en cuenta, por cuanto dicha Entidad no fue vinculada al proceso como parte.

El Ministerio Público rindió concepto y solicitó que se declare la nulidad de las expresiones “*en la capitalización de*” y “*mediante la adquisición de acciones provenientes de una oferta pública*” del artículo 1° del Decreto 667 de 2007 y la expresión “*contribuyente primario*” del artículo 4° *ibídem*, con base en los argumentos que enseguida se sintetizan:

Demandantes: JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO Y HERNANDO RUEDA AMOROCHO
Demandada: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

La reglamentación adicionó una clasificación para la exclusión de las inversiones en acciones de sociedades agropecuarias, consistente en que las mismas deberían ser colocadas en oferta pública y destinarse a la capitalización de las sociedades, lo que trae como resultado que se establece un campo más restringido, con nuevos requisitos y mayores condiciones para la aplicación de la exclusión que no fueron consagrados en la norma superior que se pretende reglamentar.

Los hechos generadores del descuento también le corresponden a la ley, por ello cualquier tipo de modificación a los límites resulta violatorio de la competencia exclusiva legal en materia tributaria.

La expresión “antes de realizar la emisión o emisiones de acciones”, incluida en el párrafo del artículo 1° del Decreto 667 de 2007, corresponde a la facultad reglamentaria, porque señala que la condición de sociedad altamente democratizada debe ser previa y no posterior a la emisión o colocación de las acciones.

Las expresiones: “.....en la adquisición de acciones emitidas por las sociedades mencionadas en el artículo anterior” contenida en el artículo 2° del Decreto 667 de 2007; “provenientes de la colocación de acciones” del artículo 3° *ibídem* y; “emisora de las acciones en la cual se realiza la inversión deberá corresponder a las que se refiere el artículo primero de este Decreto” consagrada en el artículo 4° *ibídem*, no afectan la legalidad del decreto, por cuanto, se tratan de referentes para la aplicación del beneficio tributario, esto es, a sociedades exclusivamente agropecuarias.

La mención de que el “adquiriente” debe ser “primario” resulta desafortunada habida cuenta que señala una nueva condición no existente en el texto legal, dado que, para que se presente esta circunstancia es necesario que la compra de acciones se realice cuando éstas han sido colocadas por primera vez en la bolsa de valores, y dicho requisito no ha sido exigido por el artículo 249 del Estatuto Tributario; en consecuencia, se está imponiendo un nuevo requisito no permitido para el reglamento, ni facultado para el ejecutivo.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a pronunciarse sobre la legalidad de los apartes demandados de los artículos 1°, 2°, 3° y 4° del Decreto 667 de 6 de marzo de 2007, por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 249 del Estatuto Tributario.

Contra los apartes demandados de los artículos 1°, 2°, 3° y 4° del Decreto 667 de 2007, los ciudadanos JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO y HERNANDO RUEDA AMOROCHO

Demandantes: JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO Y HERNANDO RUEDA AMOROCHO
Demandada: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

presentaron sendas demandas de simple nulidad, las cuales se acumularon mediante auto¹ del 20 de septiembre de 2010.

Según los demandantes, los mencionados apartes violan la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, porque el artículo 249 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 14 de la Ley 1111 de 2006, estableció un descuento tributario del cual pueden beneficiarse todos los contribuyentes que inviertan en acciones que se coticen en bolsa de empresas exclusivamente agropecuarias, y en las normas demandadas se restringe este beneficio, porque sólo tendrán derecho a dicho descuento los contribuyentes que inviertan en la capitalización y adquieran las acciones mediante oferta pública.

También manifestaron que al restringirse este derecho en los contribuyentes que inviertan en la capitalización y adquieran las acciones mediante oferta pública, se está discriminando a los contribuyentes que inviertan en acciones que no tengan por objeto la capitalización y no provengan de oferta pública.

La parte demandada, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, refutaron los argumentos de los accionantes, porque estiman que lo previsto en los apartes demandados de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 667 de 2007 es un desarrollo concordante con el espíritu del artículo 249 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 14 de la Ley 1111 de 2006, pues lo que se pretende con el descuento tributario establecido en la Ley, es inyectar capital fresco por medio de las aportaciones de nuevos accionistas en sociedades exclusivamente agropecuarias altamente democratizadas.

El señor Agente del Ministerio Público en su concepto solicita se acceda parcialmente a las pretensiones de la demanda porque mediante las expresiones *“la capitalización de”, “mediante la adquisición de acciones provenientes de una oferta pública”* y *“adquirente primario”* se adicionaron condiciones no previstas en el artículo 249 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 14 de la Ley 1111 de 2006, excluyendo del descuento tributario a inversionistas que no adquieran las acciones en oferta pública y estas no sean para capitalización de la sociedad y, además, condicionando el descuento tributario a que la compra de acciones se realice cuando éstas han sido colocadas por primera vez en la bolsa de valores.

Examinados los argumentos de las partes, la Sala entrará a dilucidar si los apartes demandados de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 667 de 6 de marzo de 2007, por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 249 del Estatuto Tributario, excedieron el ejercicio de la facultad reglamentaria, prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y establecieron un trato discriminatorio a favor de contribuyentes que inviertan en acciones de sociedades exclusivamente agropecuarias.

¹ Fls. 70 y 71 Expediente No. Interno 18068

Demandantes: JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO Y HERNANDO RUEDA AMOROCHO
Demandada: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

El artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política es el fundamento de la potestad reglamentaria, según el cual el Presidente de la República está revestido para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Pero dicha facultad tiene sus límites, que no son otros que la Constitución y la ley misma, ya que al reglamentar no le es dado **ampliar, restringir o modificar el contenido legal**, es decir, las normas reglamentarias deben **estar subordinadas a la ley** respectiva y tener como finalidad exclusiva la cabal ejecución de ella. Al respecto, esta Sala ha señalado:²

“La potestad reglamentaria es una facultad Constitucional del Presidente de la República³, que lo autoriza para expedir normas de carácter general destinadas a la correcta ejecución y cumplimiento de la ley. Esta facultad está sujeta a ciertos límites, que no son otros que la Constitución y la Ley misma, ya que al reglamentar no le es dado ampliar, restringir o modificar el contenido legal, es decir, las normas reglamentarias deben estar subordinadas a la ley respectiva y tener como finalidad exclusiva la cabal ejecución de ella.

En este entendimiento, como lo expresa la misma Carta, el ejercicio de la facultad reglamentaria del Ejecutivo puede ser constitucional o inconstitucional, pues si la ley establece los parámetros generales, la reglamentación que corresponde al Ejecutivo, debe ser solamente el resultado de las atribuciones que la Constitución le concede para desarrollarla.

En este caso, el hecho de que la materia en litigio desarrolle una facultad del Congreso, no significa que el Presidente no pueda ejercer respecto a ella su potestad reglamentaria, la cual es necesaria para ajustar las circunstancias que no fueron expuestas en la ley. Pero cuando en virtud de dicha facultad, el Presidente de la República adiciona, modifica o excluye hechos o sujetos no contemplados en la misma ley, se observa un desbordamiento en el ejercicio de su potestad, ya que, si el Legislativo hace la ley, el Ejecutivo tiene el deber de encauzarla hacia su operatividad efectiva, pero sin incluir un hecho nuevo o gravar con el impuesto un producto o una persona o entidad que la ley ha definido taxativamente como exenta.

Es evidente de acuerdo con lo analizado, que la norma reglamentaria no puede exceder lo estipulado taxativamente por la ley que se reglamenta.”

En uso de la potestad reglamentaria el Gobierno Nacional expidió el Decreto 667 del 6 de marzo de 2007, por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 249 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 14 de la Ley 1111 de 2006, determinando en los artículos 1º, 2º, 3º y 4º los requisitos para la procedencia del descuento tributario previsto en la norma que reglamenta.

² Consejo de Estado, C. P. Martha Teresa Briceño de Valencia, sentencia del 30 de mayo de 2011. Radicación: 11001-03-27-000-2009-00024-00(17699)

³ **Artículo 189 numeral 11 Constitución Política:** Corresponde al Presidente de la República como jefe de Estado, jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa (...) 11- Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

Demandantes: JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO Y HERNANDO RUEDA AMOROCHO
Demandada: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

El artículo 249 del Estatuto Tributario establece:

“Por inversión en acciones de sociedades agropecuarias. Los contribuyentes que inviertan en acciones que se coticen en bolsa, en empresas exclusivamente agropecuarias, en las que la propiedad accionaria esté altamente democratizada según lo establezca el reglamento, tendrán derecho a descontar el valor de la inversión realizada, sin que exceda del uno por ciento (1%) de la renta líquida gravable del año gravable en el cual se realice la inversión. El descuento a que se refiere el presente artículo procederá siempre que el contribuyente mantenga la inversión por un término no inferior a dos (2) años”.

Observa la Sala que el artículo 249 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 14 de la Ley 1111 de 2006, estableció a favor de los contribuyentes un descuento por el **valor de la inversión realizada, sin que exceda del uno por ciento (1%) de la renta líquida gravable del año gravable en el cual se realice la inversión**, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el contribuyente invierta en acciones que se coticen en bolsa
- b) Que la inversión sea en empresa exclusivamente agropecuaria
- c) Que la propiedad accionaria de la empresa exclusivamente agropecuaria, esté altamente democratizada según lo establezca el reglamento
- d) Que el contribuyente mantenga la inversión por un término no inferior a dos (2) años

La Sala revisó los antecedentes legislativos del artículo 14 de la Ley 1111 de 2006 que adicionó el artículo 249 del Estatuto Tributario y no encontró en su motivación, ni tampoco en los textos de las actas donde consta las deliberaciones de los congresistas en las sesiones de comisión y plenaria que lo aprobaron en primero y segundo debate, que el fin que se perseguía era, únicamente, estimular la inversión en sociedades agropecuarias, mediante la emisión de acciones, excluyendo la inversión referida a la compra de acciones en circulación.

Así, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 039 de 2006 presentado por el ejecutivo a la Cámara de Representantes se dijo:

*“En el Capítulo quinto se establece la tarifa general de impuesto de renta para negocios y los descuentos tributarios con los cuales se puede disminuir el impuesto de renta del año, relativos a impuestos pagados en el exterior, por IVA pagado en construcción de vivienda de interés social y **para inversiones de alta bursatilidad en sociedades agropecuarias.**”*

El texto inicial de la norma propuesta fue el siguiente:

“3. Por inversión en acciones de sociedades agropecuarias. Los contribuyentes que inviertan en acciones de alta bursatilidad del sector agropecuario, tendrán derecho a descontar el valor de la inversión realizada,

Demandantes: JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO Y HERNANDO RUEDA AMOROCHO
Demandada: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

sin que exceda del uno por ciento (1%) de la renta líquida gravable del año gravable en el cual se realice la inversión.” (negrilla fuera de texto)

Luego, acudiendo al método de interpretación histórico puede colegirse que el proyecto presentado por el ejecutivo al incluir este descuento tributario fue el de beneficiar a todos los contribuyentes que invirtieran en acciones de sociedades agropecuarias, sin importar que se trataran de acciones emitidas o que se emitieran, siempre que encajaran en el concepto de democratización al que se refiere la norma.

La única condición que establecía el proyecto de ley era que el índice de bursatilidad⁴ de la acción - concepto técnico que refleja la movilidad de las acciones en la estructura del mercado en un período determinado- estuviera en la categoría “alta”, aspecto que no quedó en el texto definitivo.

Más que capitalizar, entonces, lo que puede inferirse es que lo buscado era dinamizar el sector agropecuario, mediante beneficios que aumentarían la inversión en el mismo, a través de la negociación de acciones emitidas o por emitir, lo que a su vez estimula el mercado bursátil, fin que también podría calificarse como conexo al descrito inicialmente, si se tiene en cuenta la finalidad e incidencia macroeconómica de este tipo de incentivos tributarios.

Al cotejar el aparte demandado del artículo 1º del Decreto 667 de 2007 referente a “...**la capitalización de...**” con lo dispuesto en el artículo 249 transcrito, estima la Sala que mediante la inclusión de esta expresión en el referido Decreto 667, limita el descuento tributario a los contribuyentes que inviertan en la capitalización de la empresa exclusivamente agropecuaria, pues el artículo 249 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 14 de la Ley 1111 de 2006, no especifica que la inversión deba ser para ese exclusivo fin.

Por lo tanto este aparte quebranta el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y, por ende, será declarado nulo en esta Sentencia.

Ahora bien, **la Sala no anulará** la expresión “..., **mediante la adquisición de acciones provenientes de una oferta pública,**...” contenida en el artículo 1º del Decreto 667 de 2007, porque se impone afirmar que la oferta pública de valores puede adelantarse en el mercado

⁴ La Superintendencia de Valores mediante la Resolución 1200 de 1995, modificada mediante las Resoluciones 638 del 29 de septiembre de 1998 y 521 del 30 de julio de 2002, estableció el índice de bursatilidad accionaria para las acciones que se negocian en bolsas de valores del país, los conceptos que la componen, la forma como debe calcularse y la categorización de las acciones una vez obtenido dicho índice. La Superintendencia Financiera de Colombia, en desarrollo de dicha normativa informa el índice de bursatilidad accionaria para cada una de las acciones que se negocian en bolsa.

Demandantes: JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO Y HERNANDO RUEDA AMOROCHO
Demandada: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

primario como en el secundario⁵, lo que equivale a decir que ello supone la posibilidad de negociación de acciones emitidas o por emitir, dentro del concepto expuesto de dinamizar y estimular el sector agropecuario.

Además, dentro de ese propósito, de negociación de acciones en oferta pública - *aquella que se dirige a personas no determinadas o a sectores o grupos de personas relevantes, o que se realicen por algún medio de comunicación masiva para suscribir, enajenar o adquirir valores*⁶- , lo que permite la disposición es realizar la intención del legislador de democratizar la propiedad accionaria en este tipo de sociedades.

En todo caso, es claro de lo dicho, que del beneficio tributario se excluye la compra directa de acciones, es decir, aquellas que no provienen de una oferta pública, aspecto que de ninguna manera viola el derecho a la igualdad de los propietarios de títulos o acciones que cotizan en bolsa, por cuanto, como se señaló, uno de los fines que pretende el legislador al consagrar el beneficio tributario es el de la democratización, que se dirige a eliminar la concentración de la riqueza, por lo tanto, no se trata de un tratamiento tributario diferente o que carezca de justificación.

Por las mismas razones deberá declararse la nulidad del aparte ***“antes de realizar la emisión o emisiones de acciones”*** del párrafo del artículo 1º del Decreto 667 ib, dado que la adquisición de acciones puede hacerse tanto en el mercado primario como en el secundario, y el texto acusado limita el descuento a la inversión de acciones que salen por primera vez al mercado, excluyendo las que se encuentran en circulación, lo cual excede la ley que reglamenta.

Por eso además, se anularán los siguientes textos ***“.....en la adquisición de acciones emitidas por las sociedades mencionadas en el artículo anterior, ...”*** del artículo 2º, ***“...provenientes de la colocación de acciones...”*** del artículo 3º, y, ***“...emisora..”*** del segundo ítem del numeral 2º del artículo 4º, por cuanto introducen una condición no prevista en el artículo 249 del Estatuto Tributario, consistente en que se trate de nuevas emisiones de acciones, cuando la norma reglamentada permite que el descuento tributario lo puedan hacer efectivo los contribuyentes que inviertan en acciones emitidas o que se emitan, razonamiento

⁵ Superintendencia Financiera - Concepto 2006011868-001 del 18 de abril de 2006 *“Las ofertas públicas del mercado de valores se pueden adelantar bien sea en el mercado primario o en el mercado secundario. En el mercado primario, se colocan títulos que se emiten o salen por primera vez al mercado, a este mercado recurren las empresas para obtener recursos y los inversionistas para realizar sus inversiones. En el mercado secundario se realiza la compra y venta de valores ya emitidos y en circulación y tiene por objeto proporcionar liquidez a los propietarios de los títulos. (...)”*

⁶ Ley 964 de 2005 art. 4

Demandantes: JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO Y HERNANDO RUEDA AMOROCHO
Demandada: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

aplicable también al aparte “**...emisora de las acciones...**” del numeral 1 del artículo 4º *ibídem*, que se anulará en esta sentencia.

Respecto de la expresión “**...receptora de la inversión...**” del numeral 2º del artículo 4º del Decreto 667 de 2007, adicionado por el artículo 14 de la Ley 1111 de 2006, la Sala estima que no es contraria a lo dispuesto en el artículo 249 del Estatuto Tributario, porque lo establecido en el mencionado numeral precisa cómo acredita la sociedad exclusivamente agropecuaria que cumple con el requisito de que su propiedad accionaria este altamente democratizada y que el contribuyente ha cumplido con el término legal de permanencia de la inversión, luego al asignarle el decreto esa atribución al revisor fiscal de la sociedad receptora de la inversión no amplia, restringe o modifica el contenido del artículo 249 del Estatuto Tributario.

De otra parte, la Sala declarará nulo el aparte demandado “**...adquirente primario..**” incluido en el ítem 2º del numeral 2º del artículo 4º del Decreto 667 de 2007, por cuanto mediante esta expresión se pretende circunscribir únicamente a la inversión de acciones que salen por primera vez al mercado, es decir, a los adquirentes de acciones distintas a las que se encuentran en circulación, lo cual excede la ley que reglamenta, pues el derecho al descuento tributario, previsto en el artículo 249 del Estatuto Tributario, únicamente establece que el adquirente beneficiario mantenga la inversión por un término no inferior a dos (2) años, sin importar si es primario o no.

Por lo anterior, los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 667 de 6 de marzo de 2007, con la nulidad parcial que se declara en esta sentencia quedan así:

“Artículo 1º. Son beneficiarios del descuento tributario a que se refiere el artículo 249 del Estatuto Tributario, los contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios que inviertan en sociedades que coticen sus acciones en una bolsa de valores, mediante la adquisición de acciones provenientes de una oferta pública. Tales sociedades deberán corresponder a aquellas constituidas antes de la vigencia de la Ley 1111 de 2006 o las que se constituyan a partir de su vigencia, cuyo objeto social exclusivo sea la realización de actividades de producción agropecuaria, en las que la propiedad accionaria esté altamente democratizada.

Parágrafo. Únicamente para efectos del beneficio de que trata el presente artículo, se entiende que la propiedad accionaria está altamente democratizada, cuando por lo menos el veinte por ciento (20%) de las acciones en circulación de la sociedad pertenezca a inversionistas diferentes del grupo o personas que la controlen.

Artículo 2º. El beneficio tributario de que trata este decreto corresponde a un descuento tributario equivalente al valor de la inversión realizada, sin que dicho descuento exceda del (1%) uno por ciento de la renta líquida gravable del período fiscal en el cual se realiza la inversión. En ningún caso este descuento puede exceder del impuesto básico de renta.

Demandantes: JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO Y HERNANDO RUEDA AMOROCHO
Demandada: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

Artículo 3º. Para efectos del descuento de que trata el presente decreto son empresas exclusivamente agropecuarias, aquellas sociedades por acciones cuyo objeto social principal corresponde al desarrollo de actividades de producción de bienes agrícolas y/o pecuarios primarios convertibles en alimentos para consumo humano y animal e igualmente susceptibles de convertirse en insumos destinados al desarrollo de actividades agropecuarias, incluidas aquellas materias primas que se originan en la actividad productiva primaria y son sometidas a procesos agroindustriales para la generación de bienes con valor agregado. Por tanto, la inversión relativa al descuento tributario tiene como finalidad que los recursos se destinen al desarrollo del objeto social mencionado.

Artículo 4º. Son requisitos que condicionan la procedencia del descuento tributario de que trata el presente decreto, los siguientes:

1. La sociedad en la cual se realiza la inversión deberá corresponder a las que se refiere el artículo primero de este Decreto.

2. Cuando la Administración Tributaria lo exija, deberá acreditar mediante certificado expedido por el revisor fiscal de la sociedad receptora de la inversión lo siguiente:

– Que por lo menos el veinte por ciento (20%) de las acciones en circulación de la sociedad pertenece a inversionistas diferentes del grupo o personas que la controlen.

– Que la propiedad de las acciones se mantiene o se ha mantenido por un término no inferior a dos (2) años por parte del contribuyente, contados a partir de la fecha del registro de la propiedad de las acciones en el libro de registro de acciones, que para el efecto lleve la sociedad o el administrador de las acciones.

.....”

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. DECLÁRESE la nulidad parcial del Decreto 667 del 6 de marzo de 2007, por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 249 del Estatuto Tributario, concretamente en los siguientes apartes:

- a) La expresión “**...la capitalización de...**” contenidas en el artículo 1º;
- b) La expresión “**...antes de realizar la emisión o emisiones de acciones...**” del párrafo del artículo 1º,
- c) La expresión “**.....en la adquisición de acciones emitidas por las sociedades mencionadas en el artículo anterior, ...**” contenida en el artículo 2º;
- d) La expresión “**.... provenientes de la colocación de acciones...**” incluida en el artículo 3º ;
- e) La expresión “**.... emisora de las acciones...**” del numeral 1 del artículo 4º ;
- f) La expresión “**...adquirente primario..**” incluida en el ítem 2º del numeral 2º del artículo 4º y

Referencia: 11001032700020100001401 y 11001032700020100001400

Radicados: 18068 y 18254

16

Demandantes: JORGE ARTURO ESCOBAR RESTREPO Y HERNANDO RUEDA AMOROCHO
Demandada: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE
AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

g) La expresión “...emisora..” contenida en el segundo ítem del numeral 2º del artículo 4º

2. DENIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ
Presidente

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA