

FUSIONES Y ESCISIONES DESDE LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO TRIBUTARIO

ESTEFANÍA ALDANA FLÓREZ

LUISA FERNANDA VALENCIA DÍAZ

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

CARRERA DE DERECHO

BOGOTÁ, D.C.

2017

FUSIONES Y ESCISIONES DESDE LA PERSPECTIVA

DEL DERECHO TRIBUTARIO

ESTEFANÍA ALDANA FLÓREZ

LUISA FERNANDA VALENCIA DÍAZ

Monografía jurídica

Director:

SERGIO IVÁN PÉREZ PEÑUELA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

CARRERA DE DERECHO

BOGOTÁ, D.C.

2017

NOTA DE ADVERTENCIA

“La universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Sólo velará porque no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vean en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia.”

Artículo 23, resolución No 13 del 6 de Julio de 1946,
por la cual se reglamenta lo concerniente a Tesis y Exámenes de Grado en la Pontificia
Universidad Javeriana.

Nota de aceptación:

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Dedicatoria:

Estefanía Aldana Flórez: les dedico este documento a mis padres, quienes con todo su amor y apoyo incondicional hicieron de mí una persona apasionada frente al ejercicio de mi profesión. El presente escrito es el resultado de la dedicación y el esfuerzo de cinco años de aprendizaje y grandes experiencias.

Luisa Fernanda Valencia Díaz: les dedico este trabajo de grado a mis padres, que me han brindado todo el amor y el apoyo para finalizar mis estudios de pregrado. Ellos con su entereza me han enseñado que las cosas buenas de la vida toman tiempo y que siendo perseverante puedo lograr cualquier objetivo.

Le agradecemos al doctor Sergio Iván Pérez Peñuela por haber guiado nuestro proceso de aprendizaje y por emprender un camino, el cual ha finalizado con gratificaciones, en el que hemos aprendido de la paciencia y el amor con que realiza su trabajo diariamente.

TABLA DE CONTENIDO

	Páginas
<u>INTRODUCCIÓN</u>	9-11
<u>RESUMEN</u>	12-13
I. <u>GENERALIDADES</u>	
1. <u>Origen de la Fusión y la Escisión</u>	14-23
2. <u>Nociones</u>	23-27
3. <u>Clasificación</u>	28
a. <u>Clasificación de la Fusión</u>	28
i. <u>Fusión por creación</u>	28
ii. <u>Fusión por absorción</u>	28
iii. <u>Fusión triangular</u>	28-29
b. <u>Trámite para efectuar una Fusión</u>	29-39
c. <u>Clasificación de la Escisión</u>	40
i. <u>Escisión parcial</u>	40
ii. <u>Escisión total</u>	40-41
d. <u>Trámite para efectuar una Escisión</u>	41
II. <u>PARTE ESPECIAL</u>	
<u>Fusiones y Escisiones</u>	
1. <u>Evolución normativa del ordenamiento jurídico de las Fusiones y Escisiones en el derecho tributario colombiano</u>	
a. <u>Antes de la ley 6ª de 1992</u>	42-50
b. <u>Después de la ley 6ª de 1992</u>	50-54

i.	<u>Listado normativo de las Fusiones y Escisiones posterior a la expedición de la Ley 6ª de 1992.</u>	54-55
1.	<u>LEYES</u>	
1.	<u>Ley 633 de 2000</u>	55-58
2.	<u>Ley 1429 de 2010</u>	58-59
3.	<u>Ley 1607 de 2012</u>	59
a.	<u>Generalidades</u>	59-72
b.	<u>Tipos de Fusiones y Escisiones</u>	73
i.	<u>Fusión-Escisión adquisitiva</u>	73-74
1.	<u>Efectos derivados de una Fusión o Escisión adquisitiva</u>	74-83
ii.	<u>Fusión-Escisión reorganizativa</u>	83-86
1.	<u>Efectos derivados de una Fusión o Escisión adquisitiva</u>	86-99
c.	<u>Fusiones y Escisiones gravadas</u>	99-101
d.	<u>Fusiones y Escisiones entre entidades extranjeras</u>	101-109
e.	<u>Responsabilidad solidaria en casos de Fusión y Escisión</u>	109-110
4.	<u>Decisión 599 de la CAN</u>	110-113
5.	<u>Ley 1819 de 2016</u>	113-114
2.	<u>DECRETOS</u>	
1.	<u>Decreto 852 de 2006</u>	114-117
3.	<u>JURISPRUDENCIA</u>	
1.	<u>Sentencia C-222 de 1995</u>	117-118
2.	<u>Sentencia C-15315 de 2007</u>	119-120
3.	<u>Sentencia C-635 de 2011</u>	121-122
4.	<u>DOCTRINA</u>	
1.	<u>Concepto 019770 de 1993</u>	122

2. <u>Concepto 048785 de 2002</u>	123-124
3. <u>Concepto 07969 de 2006</u>	124-127
4. <u>Concepto 08717 de 2007</u>	127-128
5. <u>Concepto 036469 de 2009</u>	128-130
2. <u>Compensaciones de pérdidas fiscales en Colombia</u>	129-136
a. <u>Compensación de pérdidas fiscales en Fusiones y Escisiones</u>	137-141
b. Término de firmeza de las declaraciones de renta que determinan o compensan pérdidas	141-145
III. <u>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</u>	146-154
IV. <u>BIBLIOGRAFÍA</u>	155-159

INTRODUCCIÓN

El régimen jurídico tributario de las Fusiones y Escisiones en Colombia es escaso y deficiente. Se puede decir que el desarrollo normativo se realizó a partir de la expedición de la Ley 6ª de 1992 en la que, por primera vez, se incluyen los conceptos de Fusiones y Escisiones y su tratamiento tributario en los artículos 14-1 y 14-2 del Estatuto Tributario.

Artículos en los cuales no se consideraban las operaciones de reorganización empresarial (Fusiones y Escisiones) como enajenaciones sino que, por el contrario, las mismas se entendían como operaciones neutras a luz del derecho tributario en virtud de la llamada “Cláusula de neutralidad fiscal”. Con base en lo anterior, la sociedad fusionante, absorbente o las nuevas sociedades producto de una escisión, no tendrían que pagar impuestos por la transferencia de activos o del patrimonio en bloque de la sociedad fusionada o escindida. Igualmente la sociedad fusionante, absorbente o escidente se convertían en responsables de la totalidad de las obligaciones tributarias de las sociedades fusionadas, absorbidas o escindidas. Posteriormente, casi después de una década, nuevamente se vuelve a reglamentar el régimen jurídico tributario de las Fusiones y Escisiones con la expedición de la Ley 633 de 2000 con el fin de aclarar que aunque los derechos y las obligaciones de las sociedades fusionadas, absorbidas o escindidas han cambiado de titular, la tributación no se extingue o modifica. Es así entonces que la sociedad fusionada, absorbente, o las nuevas sociedades creadas, en virtud del proceso de escisión, integradas por determinados socios, deben asumir los impuestos causados y no pagados de la sociedad fusionada, absorbida o extinguida.

Así mismo, la ley de la referencia establece que la responsabilidad solidaria recae igualmente sobre los socios, por lo que el Estado puede legítimamente cobrarles a estos los impuestos en proporción al monto de sus aportes.

Debido a la situación económica del país y del mundo, y con la necesidad de limitar el número de operaciones sofisticadas que encuadraban dentro de los supuestos jurídico normativos de las instituciones de Fusiones y las Escisiones, se expidió la Ley 1607 de 2012 que buscó reglamentar las denominadas operaciones de “internacionalización” de activos y de negocios colombianos, en virtud de las cuales, los activos patrimoniales relativos a la riqueza creada y poseída en Colombia se destinaban a operaciones fuera del territorio nacional, dentro de las cuales implicaban la salida de bienes colombianos a través de aportes en sociedades y entidades en el extranjero, viéndose claramente que dichas operaciones más que ser Fusiones o Escisiones eran operaciones de transferencia de activos; sin embargo las mismas encuadraban dentro de las reglas de los artículos 14-1 y 14-2 del Estatuto Tributario, lo que facilitaba y permitía sustraerse del régimen impositivo colombiano.

Esta monografía abordará en primera medida los antecedentes jurídicos y normativos de las instituciones de Fusión y Escisión en Colombia, remontándose a los principios jurídicos del derecho mercantil y societario.

Posteriormente, se examinará a fondo los antecedentes jurídicos y normativos desde el punto de vista del derecho tributario, así como también la evolución y el desarrollo jurídico de estas instituciones en el ámbito fiscal, para brindar al lector un documento completo y

conciso en el que se encuentre el régimen legal tributario aplicable a las instituciones de Fusiones y Escisiones en Colombia, a través de las diversas interpretaciones jurídicas que han desarrollado entidades de carácter administrativo y judicial.

Igualmente, se busca que sea un texto útil, que ofrezca herramientas para el desarrollo de investigaciones respecto del tema en referencia.

RESUMEN

Esta monografía abordará en primera medida los antecedentes jurídicos y normativos de las instituciones de Fusiones y Escisiones en Colombia, refiriéndose inicialmente a los principios jurídicos del derecho mercantil y societario.

Así mismo, nos situaremos en el principal objetivo de esta monografía que será indagar los antecedentes, la evolución y el desarrollo jurídico de estas entidades desde la perspectiva tributaria, para brindar al lector un documento completo y conciso en el que se encuentre el régimen legal del derecho tributario aplicable a las instituciones de Fusiones y Escisiones en el país.

En este sentido, dicho planteamiento se desarrolla en cuatro capítulos con los siguientes contenidos:

El primer capítulo se denomina Generalidades. En este se tratan los temas concernientes al derecho mercantil, el origen de las instituciones de Fusión y Escisión en Colombia, así como las diferentes nociones que se tienen de estas y su clasificación societaria.

El segundo capítulo, llamado Parte especial, está constituido por el régimen tributario y su evolución legislativa, pasando por las normas que regulaban dichas instituciones antes de la Ley 6ª de 1992 y sus posteriores reformas.

El tercer capítulo presenta la compensación de pérdidas fiscales, mediante un acercamiento general que contextualice al lector hacia una mejor comprensión, de cara a los fenómenos de reorganización empresarial.

Finalmente, se concluye con el capítulo de Conclusiones y Recomendaciones en el que las autoras dan su punto de vista sobre la investigación.

I. GENERALIDADES

1. Origen de la Fusión y la Escisión

Encontrar el principio de las Fusiones y Escisiones en Colombia ha generado varios tropiezos, ya que se han realizado pocas y limitadas referencias sobre el tema; Debe mencionarse que el desarrollo de estas figuras se realizó a través de la jurisprudencia ya que la ordenamiento jurídico no contemplaba tales figuras.

La primera referencia jurisprudencial de la noción de Fusión la encontramos en la sentencia del 14 de julio de 1938 de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, la cual establece que si bien la institución de la Fusión no estaba reglamentada en la legislación colombiana, para la época la Corte Suprema de Justicia no podía desconocer la realidad económica y las prácticas de reorganización empresarial que se estaban efectuando en el país, entendiéndose esta operación como la reunión de dos o más sociedades de creación y vida independiente, de forma que constituyan solo una entidad social.

Después de este pronunciamiento jurisprudencial, la Superintendencia de Sociedades Anónimas, en doctrina proferida en abril de 1949 (Superintendencia de Sociedades Anónimas, 1949) instituyó un segundo concepto de la noción de Fusión, al concebirla como la unión de dos o más sociedades en una sola.

Nótese que este pronunciamiento de la Superintendencia de Sociedades Anónimas trató el asunto desde una óptica más profunda, respecto del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia. Permitió vislumbrar un panorama extendido sobre el tema, que si bien no estaba

incorporado en la legislación, ya la doctrina y la jurisprudencia referenciaban la noción de Fusión y de sus posibles especies.

La Fusión surge en el ordenamiento jurídico colombiano con el Decreto Reglamentario número 2521 de 1950,¹ (Secretaría del Senado, 1950), el cual reglamenta las sociedades anónimas.

En tal sentido, se establece en el capítulo X denominado de la transformación y fusión de las sociedades anónimas los artículos 214 y siguientes, los cuales facultan a las sociedades anónimas para transformarse en cualquier otro tipo de sociedad reconocida por la Ley.

Igualmente determina que la fusión de dos o más sociedades produce la disolución de la sociedad o sociedades absorbidas, y el acuerdo respectivo deberá ser adoptado por éstas con el mismo número de votos requeridos en los estatutos para su disolución anticipada.

De igual forma el Decreto prevé que la sociedad absorbente deberá tener acciones en reserva para cubrir con ellas, al tiempo de la fusión, el valor correspondiente a los aportes de las sociedades absorbidas. Para tal efecto, deberá obtenerse previamente el permiso del Superintendente para la colocación de dichas acciones, y la aprobación del avalúo de los bienes que haya de recibir la absorbente en el pago de las mismas.

Posteriormente, después de haberse perfeccionado el acto de Fusión o absorción, los representantes legales de las sociedades absorbidas o de la absorbente, solicitarán a la Superintendencia de Sociedades Anónimas la cancelación de las respectivas matrículas mercantiles, para lo cual acompañarán los siguientes documentos:

¹ Por el cual se reglamentó el capítulo 2º del título 7º, del libro segundo del Código de Comercio, la Ley 58 de 1931, el artículo 40 de la Ley 66 de 1947 y demás disposiciones vigentes sobre sociedades anónimas, en el capítulo X denominado “de la transformación y Fusión de sociedades anónimas”.

- a. Copia registrada conforme al Código Civil, de la escritura contentiva del acuerdo de fusión;
- b. Extracto notarial de dicha escritura, registrado en la Cámara de Comercio,
- c. Un ejemplar autenticado del periódico en que se hizo la publicación de dicho extracto;
- d. Certificación de los representantes y revisores fiscales sobre la forma en que hayan sido distribuidas las acciones obtenidas en la sociedad absorbente, entre los accionistas de las absorbidas.

Subsiguientemente, un acercamiento de estas instituciones se realizó en proyecto de Ley del Código de Comercio de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), el cual no tuvo gran acogida.

Sin embargo, el concepto de Fusión se desarrolló mediante la legislación mercantil con el Decreto 410 de 1971, llamado el Código de Comercio. En el apartado denominado Transformaciones y Fusiones se introducen una definición específica de esta operación necesaria en la dinámica societaria.

“Art. 172. Habrá Fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva.

La absorbente o la nueva compañía adquirirán los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de Fusión”.

Seguidamente, el artículo 75 del Decreto 1026 de 1990, sobre emisión de bonos, prevé la primera noción de Escisión, siendo esta aquella segregación de una parte sustancial del patrimonio de una sociedad, para ser traspasado a otra persona natural o jurídica.

“Art. 75. Durante la vigencia de la emisión la sociedad emisora no podrá cambiar su objeto social, escindirse, fusionarse o transformarse, a menos que lo autorice la asamblea de tenedores con la mayoría necesaria para autorizar la modificación de las condiciones del empréstito.

No obstante lo anterior, la sociedad podrá realizar la modificación de su objeto social, fusionarse o escindirse cuando previamente ofrezca a los tenedores el reembolso del empréstito o la suscripción de las acciones, cuando se trate de bonos con cupones de suscripción, o si se trata de bonos convertibles, ofrezca la conversión anticipada de las acciones. En este evento, los tenedores que no consientan en el reembolso, en la suscripción o en la conversión anticipada conservarán sus derechos contra la sociedad emisora, la absorbente o la nueva sociedad. En el caso de los bonos convertibles o con cupones de suscripción de acciones, las condiciones de la conversión o suscripción deberán ajustarse de manera que se eviten perjuicios a los tenedores.

(...) Parágrafo. Para efectos de lo dispuesto en el presente decreto se entiende que hay Escisión cuando se segrega una parte sustancial del patrimonio de una sociedad para ser traspasado a otra persona. Corresponderá a la superintendencia que ejerza la inspección y vigilancia sobre la sociedad a establecer cuando hay Escisión” (...).

Después de estas apariciones, la Ley 45 de 1990 en sus artículos 11 a 16 desarrollan las figuras con mayor profundidad, enfocándose en las entidades financieras.

“Art. 11. Escisión. La empresa y el patrimonio de una institución financiera podrán subdividirse en dos o más empresas que constituyan el objeto de dos o más sociedades formadas por todos o por algunos de sus socios.

En el evento en que las sociedades que se constituyan como resultado de la Escisión tengan el carácter de instituciones financieras, deberán cumplir las disposiciones propias del tipo de entidad que se organiza.²

La reforma por la cual se disponga la Escisión deberá ser adoptada con el quórum señalado en los estatutos o en la Ley para la aprobación de la Fusión, y surtirá sus efectos a partir de su inscripción en el registro mercantil. La reducción del capital social resultante de la Escisión podrá efectuarse sin sujeción a los requisitos señalados en el artículo 145 del Código de Comercio.

La Escisión se someterá en lo pertinente a las normas contempladas en el artículo 15 de la presente Ley”.

Lo anterior hace referencia a que las empresas pueden dividir su patrimonio para constituir una o más sociedades formadas por todos o algunos de sus socios, estructurando la figura de la Escisión. Igualmente, se establece que esta forma de reorganización empresarial debe realizarse por medio de reforma estatutaria con aprobación de mayorías y quórum

² Debe aclararse que el procedimiento para realizar procesos de Fusión o Escisión con entidades del sector financiero o entre entidades del sector financiero es completamente diferente al establecido por el Código de Comercio para las sociedades comerciales. Por lo tanto, son procedimientos distintos, esta referencia normativa se realizó mostrando la evolución de la figura a través de los años.

señalados en los estatutos sociales, determinando que, a falta de disposición en los estatutos, deberá someterse a las disposiciones especiales señaladas en el Código de Comercio³. El artículo finaliza estableciendo una excepción al artículo 145 del Código de Comercio, al no exigir autorización de la Superintendencia de Sociedades para llevar a cabo una disminución del capital social que puede producirse a causa del proceso de escisión.

Luego en el artículo 14 ibídem se establece el requerimiento de aprobación del proyecto de Fusión o Escisión de entidades financieras por parte de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera.

Finalmente, en el artículo 15 de la norma anteriormente citada se observa la descripción de qué se entiende por Fusión y sus requisitos.

“Art. 15. Fusión. Sin perjuicio de lo previsto en normas especiales, la Fusión de establecimientos de crédito y la de entidades aseguradoras se sujetará a las reglas consagradas en el Código de Comercio. No obstante, cuando de los balances aprobados en los compromisos de Fusión se establezca que la sociedad absorbente o la nueva sociedad cumplirán las normas de solvencia vigentes, no procederá lo dispuesto en el artículo 175 del Código de Comercio. Al comprobarse tal

³ - Sociedad colectiva: Requerirán el voto unánime de los socios, o de sus delegados, si no se dispone otra cosa en los estatutos.

- Sociedad en comandita simple: Las reformas estatutarias deberán aprobarse, salvo estipulación en contrario, por unanimidad de los socios colectivos, y por mayoría de los votos de las acciones de los comanditarios.

- Sociedad de responsabilidad limitada: Se requiere el voto favorable de un número plural de asociados que represente, por lo menos, el 70% de las cuotas en que se halle dividido el capital social.

- Sociedad Anónima: Para las reformas estatutarias se requiere el voto de la mayoría de los votos presentes en la asamblea. Para este efecto se debe tener en cuenta que la Asamblea deberá con un numero plural de socios que representen al menos la mitad más una de las acciones suscritas, salvo que los estatutos establezcan un quórum inferior.

circunstancia ante la Superintendencia Bancaria, esta podrá autorizar la formalización de acuerdo de Fusión”.

Lo anterior tipifica expresamente la figura de Fusión en Colombia.

En 1995 se expide la Ley 222, la cual introduce grandes y complejos cambios en materia societaria. Esta ley reforma el libro II del Código de Comercio, en el que se introduce la Escisión expresamente en la legislación mercantil. Se entendió por esta el instrumento de organización empresarial, que sirve para la estructuración de las empresas mediante la transformación, mutación o modificación de la estructura financiera y jurídica de una sociedad determinada; transfiriendo en bloque una o varias partes del patrimonio de una sociedad, a una o más sociedades existentes al momento de la Escisión o creadas derivadas de esta operación, integrándose los socios a la sociedad denominada beneficiaria.

El artículo 3 de la mencionada ley determina las modalidades de Escisión de la siguiente manera:

“Art. 3. Habrá Escisión cuando:

- 1. Una sociedad sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades.*
- 2. Una sociedad se disuelve sin liquidarse, dividiendo su patrimonio en dos o más partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creación de nuevas sociedades.*

La sociedad o sociedades destinatarias de las transferencias resultantes de la Escisión, se denominarán sociedades beneficiarias.

Los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las sociedades beneficiarias, en la misma proporción que tengan en aquella, salvo que, por unanimidad de las acciones, cuotas sociales o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios de la escidente, se apruebe una participación diferente”.

De la norma anteriormente mencionada se puede concluir que la Escisión tiene unas particularidades esenciales:

- i. Mutaciones o transformaciones realizadas al patrimonio, de manera que este se segrega para vincularse a otras sociedades.
- ii. Los efectos generados por estos cambios patrimoniales repercuten sobre los socios de la sociedad escidente, así como de la sociedad beneficiaria.

Posteriormente la Ley 1258 de 2008⁴, desarrolla de manera especial el tipo societario denominado sociedad por acciones simplificadas, donde el artículo 30 dispone que se aplicarán las normas generales de Fusión y Escisión dispuestas en la Ley 222 de 1995. La norma expresa lo siguiente:

(...) “Art 30. Normas aplicables a la transformación, Fusión y Escisión. Sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en la presente ley, las normas que regulan la transformación, Fusión y Escisión de sociedades, le serán aplicables a la sociedad

⁴ Conocida como la Ley de las S.A.S.

por acciones simplificadas, así como las disposiciones propias del derecho de retiro contenidas en la Ley 222 de 1995.

Parágrafo. Los accionistas de las sociedades absorbidas o escindidas podrán recibir dinero en efectivo, acciones, cuotas sociales o títulos de participación en cualquier sociedad o cualquier otro activo, como única contraprestación en los procesos de Fusión o Escisión que adelanten las sociedades por acciones simplificadas. (...)”.

La referida ley introduce un nuevo procedimiento por medio del cual puede llevarse a cabo la Fusión abreviada, el cual es novedoso, por cuanto a partir de determinados requisitos las sociedades por acciones simplificadas pueden llevar a cabo una Fusión de una forma menos rigurosa, mediante documento privado y no necesariamente por escritura pública, que es lo determinado como regla general.

“Artículo 33. Fusión abreviada. En aquellos casos en que una sociedad detente más del noventa (90%) de las acciones de una sociedad por acciones simplificada, aquella podrá absorber a esta, mediante determinación adoptada por los representantes legales o por las juntas directivas de las sociedades participantes en el proceso de fusión.

El acuerdo de fusión podrá realizarse por documento privado inscrito en el Registro Mercantil, salvo que dentro de los activos transferidos se encuentren bienes cuya enajenación requiera escritura pública. La fusión podrá dar lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en los términos de la

Ley 222 de 1995, así como a la acción de oposición judicial prevista en el artículo 175 del Código de Comercio.

El texto del acuerdo de fusión abreviada tendrá que ser publicado en un diario de amplia circulación según lo establece la Ley 222 de 1995, dentro de ese mismo término habrá lugar a la oposición por parte de terceros interesados quienes podrán exigir garantías necesarias y/o suficientes.”

Lo anterior resulta pertinente frente a situaciones de control, cuando se busque unificar estructuras del tipo de las sociedades por acciones simplificadas, respetando el derecho de accionistas ausentes o disidentes, así como de terceros y acreedores, quienes podrán oponerse al proceso de fusión y de tal manera ejercer sus derechos.

Es así como el artículo 33 de la Ley 1258 complementa la ley mercantil estableciendo una manera práctica de realizar un proceso de Fusión, lo cual dinamiza las estructuras societarias y disminuye la aversión que se tiene del proceso de Fusión, como uno gravoso y dispendioso.

2. Nociones

Ahora bien, las anteriores referencias fueron de carácter normativo y jurisprudencial las cuales explican el origen de las Fusiones y Escisiones en la legislación colombiana. A continuación expondremos algunas referencias doctrinarias sobre las Fusiones y Escisiones, que permiten un mejor acercamiento a los temas que se desarrollan en el presente documento, mediante la integración de elementos tanto normativos como académicos.

Los conceptos materia de este capítulo han tenido un desarrollo exponencial, son prácticas que se llevaron a cabo por comerciantes en el afán de expandirse, por lo que la realidad económica obligó a que se iniciara su proyección teórica y necesariamente normativa.

Se analizan entonces autores como el español Joaquín Rodríguez Rodríguez, quien encontró en las Fusiones una actividad que implicaba circunstancias tanto económicas y jurídicas, las cuales diferenció de la siguiente manera:

“Económicamente, la Fusión supone la reunión de varias empresas bajo una sola voluntad, de tal modo que comprende fenómenos mucho más amplios que los que supone el mismo concepto entendido desde un punto de vista jurídico. En este sentido, dice Copper Royer, se trata de una absorción integrada por una sociedad nueva o existente ya, añadimos nosotros, del patrimonio de una u otras sociedades. La Fusión no es, pues, la situación derivada de la confusión de patrimonios que podría llevarnos por un camino desviado al campo de la sociedad de un solo hombre, ni tampoco hay Fusión en la transmisión íntegra del activo, pues esto puede hacerse a título particular, especialmente cuando la sociedad transmitente persiste”.
(Rodríguez Rodríguez, 1971).

El concepto que presenta el doctor Rodríguez otorga una aproximación compleja de las implicaciones y consecuencias de las Fusiones. No se genera tan solo un cambio exterior desde la perspectiva de terceros, quienes ven cómo unas sociedades se unen entre sí. Además la estructura de cada una de las sociedades se modifica, de tal manera que para poder llevar a cabo la operación de Fusión pretendida es necesario realizar una reforma

estatutaria, lo cual determina diversos actos previos, así como los efectos que se producen tienen un gran impacto sobre los pasivos, activos y patrimonio de la sociedad fusionante.

Por su parte, Motos Guirao indica lo siguiente: *“La Fusión no significa otra cosa que una compenetración tan íntima entre las individualidades sociales que lleva a una confusión absoluta y total de sus patrimonios, tal como son para integrarse en una única individualidad social que se crea ad hoc, o que existiendo absorbe por completo la o las que perecen”*. (Motos Guirao, 1953).

Así mismo, el doctor Francisco Reyes Villamizar define la Fusión como un acto jurídico que, coincidiendo con los demás autores, pretende consolidar patrimonios de compañías diferentes en uno nuevo o en otro ya existente. (Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo 2, 2002).

Al repasar diversos doctrinantes se advierte que la característica o el efecto principal de las Fusiones es la unión total de dos o más patrimonios para convertirse en una sola universalidad jurídica.

Con el objeto diferenciar a la Fusión de la cesión de acciones, respecto del derecho de preferencia, la Superintendencia de Sociedades ha señalado:

“(...)no se requiere dar cumplimiento a los requisitos previstos para este derecho [de preferencia], en atención a que la transferencia que se realiza por virtud de la fusión, no es una operación individualmente considerada, que pueda estar sujeta a los mecanismos que restringen la negociación en procura de que el socio mantenga estable su participación porcentual en el capital social, ora en razón del elemento intuito persone, sino que es

consecuencia de un acto jurídico de carácter universal que impone la transmisión de todos y cada uno de los derechos de los cuales es titular la sociedad absorbida. [...] Las acciones no pasan de la sociedad absorbida a la absorbente como un acto aislado que tiene como fin sustituirla únicamente en el derecho de dominio que ejerce sobre las acciones (operación está que implicaría el cumplimiento de una serie de requisitos para posibilitar inversión semejante), sino que se trata de una transferencia en bloque de todos los activos y pasivos de la sociedad absorbida a la absorbente, quien la sustituye en todas las relaciones jurídicas de que es titular, lo cual resulta elemental si se toma en cuenta que aquella sociedad con ocasión de la fusión desaparece" (Superintendencia de Sociedades, 1998)

La Fusión es una operación en bloque, que no requiere multiplicidad de actos jurídicos, el objeto de esta operación se recoge en un solo acto, que tiene como consecuencia una transferencia a título universal. Por lo tanto, lo dicho por la Superintendencia de Sociedades determina que no hay necesidad de adelantar el procedimiento establecido para el derecho de preferencia pactado en los estatutos sociales. Por el contrario, el derecho de preferencia debe surtirse en los casos de cesión de porcentajes participación, cuando así lo determinen los estatutos que rigen para la sociedad.

Por otro lado, respecto de la Escisión, encontramos los siguientes autores que se refieren a esta figura así:

Gabino Pinzón reconoce a la Escisión como *"un fenómeno contrario a la Fusión, mientras la Fusión es la 'unión', la Escisión es la disgregación patrimonial y jurídica de una*

sociedad que se disuelve sin liquidarse, para dar origen a dos o más sociedades que deben cumplir los requisitos para funcionar como compañía legalmente establecida”. (Pinzón, 1982).

Por su parte, Fernando Cerdá entiende la Escisión como *“la división del patrimonio social de una sociedad en dos o más partes, con el fin de traspasar en bloque una, varias o la totalidad de estas partes resultantes de la división, a una o varias sociedades preexistentes o constituidas a raíz de esta operación, recibiendo los accionistas de la sociedad escindida, acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias, en retribución de esa aportación”.* (Cerdá, 1993).

Entre otros autores encontramos a José Vicente Andrade, quien define la Escisión como *“el desbordamiento de una persona jurídica con el reparto de su patrimonio entre varias de ellas, y en el caso de las sociedades con la atribución a los socios de la sociedad que se escinde, del carácter de socios de la sociedad que se crea con la complementación de la Escisión”.* (Andrade Otaiza, 1995).

Para la Superintendencia de Sociedades, *“la Escisión puede definirse como una figura jurídica en virtud de la cual, una sociedad se desprende de una determinada parte de su patrimonio, para formar una nueva compañía, cuyo capital se integra con la porción patrimonial que la sociedad escindida le transfiere, y cuyos socios serán los mismos o algunos de esta. Dicho fenómeno jurídico es útil para la reorganización de empresas que, en un momento dado, necesitan desconcentrarse y fraccionarse, por requerir su manejo una especialización de sus elementos integrantes para el perfeccionamiento de la respectiva gestión”.* (Superintendencia de Sociedades, 1993).

3. Clasificación

a. Clasificación de la Fusión

El artículo 172 del Código de Comercio establece que la Fusión puede ser por creación o por absorción. Así mismo la legislación mercantil desarrolló un tercer tipo de Fusión llamada triangular. Exponemos a continuación las tipologías de Fusión:

i. Fusión por creación: es cuando dos o más sociedades se extinguen sin liquidarse, para crear una nueva sociedad que recibe el patrimonio de las sociedades extinguidas. (Pinzón, 1982).

ii. Fusión por absorción: en este tipo de Fusión no nace una nueva sociedad; por el contrario, una sociedad ya existente recibe el patrimonio en bloque de una o más sociedades. (Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo 2, 2002).

Los aportes patrimoniales se hacen mediante una reforma estatutaria que incluya un incremento en el capital social de la sociedad, que recibe el patrimonio de la(s) otra(s). No es, como se indicó precedentemente en el aparte de la noción de Fusión, una cesión u oferta de acciones, cuotas o partes de interés.

iii. Fusión triangular: este tipo de Fusión ha sido desarrollado en la práctica norteamericana. En Colombia subsiste después de que en la Ley 550 de 1999, en su artículo 66, ya se expresaba lo que posteriormente se incorporó en la legislación con el término de Fusión triangular, la cual “*se trata esencialmente de crear una sociedad filial que se sitúa en un punto intermedio entre la sociedad*

absorbente y la absorbida, de manera que logran deslindar la órbita de decisiones, así como las responsabilidades entre las dos compañías que realmente participan en la operación”. (Reyes Villamizar, Derecho Societario, Tomo 2, 2002).

Este tipo de Fusión es de gran utilidad ante contingencias que surjan respecto de la sociedad absorbida, cuya previsión hubiera sido difícil para la sociedad absorbente.

Algunos de los beneficios de este tipo de Fusión son:

- La sociedad matriz no participa en la Fusión, por tanto, no es necesario que se apruebe la Fusión ante la asamblea de accionistas o la junta de socios.
- Ningún accionista de la sociedad matriz tiene derecho de veto o de retiro.
- La responsabilidad por las obligaciones de la(s) sociedad(es) absorbida(s) queda en cabeza de la sociedad filial y por lo tanto no hay extensión de la responsabilidad, a menos que haya desestimación de la personalidad jurídica⁵.

b. Trámite para efectuar una Fusión

i. Preacuerdo

Acercamiento inicial entre las sociedades intervinientes en el proceso. Se prepara el proyecto de Fusión con base en los estados financieros.

⁵ Artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, desestimación de la personalidad jurídica. Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificadas, en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

ii. Aprobación y contenido del compromiso o promesa de Fusión

Los representantes legales de cada sociedad deben preparar en conjunto un acuerdo de Fusión, el cual debe ser aprobado por la asamblea de accionistas o junta de socios. Se hará conforme a lo dispuesto en los estatutos de cada sociedad participante.

El acuerdo de Fusión deberá contener lo indicado en el artículo 173 del Código de Comercio:

- Los motivos de la proyectada Fusión y las condiciones en que se realizará.
- Los datos y cifras, tomados de los libros de contabilidad de las sociedades interesadas, que hubieren servido de base para establecer las condiciones en que se realizará la Fusión.
- La discriminación y valoración de los activos y pasivos de las sociedades que serán absorbidas, y de la absorbente.
- Un anexo explicativo de los métodos de valuación utilizados y del intercambio de partes de interés, cuotas o acciones que implicará la operación.
- Copias estados financieros de propósito especial de las sociedades participantes.

La Superintendencia de Sociedades entiende como estados financieros de propósito especial la lista que a continuación se estipula los cuales deben estar certificados y dictaminados por el revisor fiscal, si lo hubiere.

Los estados financieros de propósito especial comprenden el siguiente conjunto:

- ✓ Estado de situación financiera
- ✓ Estado de resultado de periodo y otro resultado integral
- ✓ Estado de cambios en el patrimonio
- ✓ Estado de flujos de efectivo del periodo
- ✓ Notas a los estados financieros⁶

La certificación de los estados financieros está determinada por el artículo 33 del decreto 2649 de 1993 y por el artículo 37 de la 222 de 1995; tienen el carácter de certificados los estados financieros que tengan la firma del representante legal de la sociedad, del contador que los hubiere preparado y del revisor fiscal, si lo hubiere. La certificación de éstos consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en los estados financieros extraídas de los libros contables.

La particularidad de los estados financieros dictaminados esta prevista en el artículo 38 de la Ley 222 de 1995, son aquellos acompañados de la opinión profesional del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independientemente que los hubiere examinado de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas." Además de la firma correspondiente a éstos, debe acompañarse de un concepto.

La fecha de corte se fija en relación con la fecha de la reunión del órgano competente de la sociedad que decide sobre la realización del proceso de

⁶ Oficio 220 -050314 del 04 de marzo de 2016 de la Superintendencia de Sociedades.

Fusión, los estados financieros no podrán tener una vigencia superior a un mes, respecto de la fecha en la que se hace la reunión.

iii. Aviso al público

Conforme al artículo 174 del Código de Comercio, debe hacerse por parte de los representantes legales de cada sociedad interviniente un aviso publicado en un diario de amplia circulación en el territorio nacional, el cual deberá contener lo siguiente:

- Los nombres de las compañías participantes, sus domicilios y el capital social, o el suscrito y el pagado, en su caso;
- El valor de los activos y pasivos de las sociedades que serán absorbidas y de la absorbente, y
- La síntesis del anexo explicativo de los métodos de valuación utilizados y del intercambio de partes de interés, cuotas o acciones que implicará la operación, certificada por el revisor fiscal, si lo hubiere, o en su defecto, por un contador público.

El aviso tiene como objetivo informar a los acreedores externos del proceso de fusión para que ellos puedan exigir garantías a la sociedad respecto de sus obligaciones, debido a que les permite proponer una oposición al proceso de Fusión. Lo anterior con independencia de la obligación que tienen los representantes legales de cada sociedad de comunicar el acuerdo de fusión o escisión a los acreedores mediante telegrama o por cualquier otro medio que produzca los efectos similares.

Así mismo, mediante el aviso los socios ausentes conocen sobre las deliberaciones realizadas en la reunión que decidió sobre la Fusión o sobre la Escisión, tal y como se establece en el artículo 175 del Código de Comercio:

“Dentro de los treinta días siguientes a la fecha de publicación del acuerdo de fusión, los acreedores de la sociedad absorbida podrán exigir garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos. La solicitud se tramitará por el procedimiento verbal prescrito en el Código de Procedimiento Civil. Si la solicitud fuere procedente, el juez suspenderá el acuerdo de fusión respecto de la sociedad deudora, hasta tanto se preste garantía suficiente o se cancelen los créditos.

Vencido el término indicado en el artículo anterior sin que se pidan las garantías, u otorgadas éstas, en su caso, las obligaciones de las sociedades absorbidas, con sus correspondientes garantías, subsistirán solamente respecto de la sociedad absorbente.”.

Solemnización del acuerdo mediante escritura pública

El acuerdo de Fusión debe quedar protocolizado mediante escritura pública⁷, otorgada en notaría, en virtud de lo establecido en el artículo 177 del Código de Comercio, que debe contener lo siguiente:

- Copias de las actas en que conste la aprobación del acuerdo.
- Si fuere el caso, el permiso de la Superintendencia para colocar las acciones o determinar las cuotas sociales que correspondan a cada socio o accionista de las sociedades absorbidas.
- Los balances generales de las sociedades Fusionadas y el consolidado de la absorbente o de la nueva sociedad.
- Así mismo determinadas sociedades deben solicitar las autorizaciones que se establecen a continuación, siendo estas actividades adicionales a las mencionadas anteriormente:
- Algunas sociedades requieren el consentimiento por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio para realizar operaciones de integración empresarial. Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor⁸ y que

⁷ Como regla general debe hacerse por Escritura Pública. Podrá hacerse por documento privado en la Fusión Abreviada, regulada por la Ley 1258 de 2012. Cuando las sociedades que se fusionan son sociedades por acciones simplificadas.

⁸ Se entiende por cadena de valor, en virtud de la resolución 12193 del 21 de marzo de 2013: *“El conjunto de actividades a partir de las cuales es posible generar un ordenamiento en el que el producto obtenido en una actividad resulta ser insumo para otra. De esta manera, cada actividad eslabón le adiciona sucesivamente valor a los bienes o servicios al momento de analizar tal proceso desde la generación del producto hasta que llega al consumidor final.”*

cumplan con las siguientes condiciones deberán solicitar dicha autorización previa⁹:

1. *“Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio*
2. *Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.”*

Mediante resolución número 90556 del 29 de diciembre de 2016, a partir del 1 de enero de 2017 y hasta el 31 de diciembre de 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio fijó en 60 salarios mínimos legales vigentes los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta para efectos de lo previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, expresados precedentemente.

En los eventos en que las sociedades participantes se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, pero en conjunto cuenten con menos del 20% del mercado relevante, se entenderá autorizada la integración empresarial. Sin embargo, deberán notificar de la operación a la Superintendencia de Industria y Comercio.

⁹ Artículo 9 de la Ley 1340 de 2009

- Además, las sociedades que se encuentren bajo una de las siguientes situaciones deberán solicitar autorización previa a la Superintendencia de Sociedades, conforme a lo señalado en la Circular Básica Jurídica del 22 de julio de 2015, emitida por la Superintendencia de Sociedades:
 1. *“La situación financiera de alguna de las sociedades participantes en los procesos de Fusión y Escisión presente en los estados financieros que sirven de base para dicha operación, una o más obligaciones vencidas cuyo incumplimiento sea superior a 90 días, que representen el 20% o más del total del pasivo externo.*
 2. *En una situación de control entre la sociedad absorbente y absorbida, exista registrado un crédito mercantil adquirido como producto de la compra de acciones o cuotas en la controlada y que, a la fecha de la fusión entre éstas, no se haya amortizado en su totalidad.*
 3. *La sociedad absorbente o la resultante de la escisión sea una sociedad extranjera.*
 4. *En el proceso de fusión o escisión participen sociedades vigiladas por otra superintendencia y que por competencia residual le corresponda a esta Entidad impartir la correspondiente autorización.*
 5. *El capital de la sociedad resultante de la fusión sea inferior a la suma de los capitales de las sociedades fusionadas, excepto cuando dicha disminución corresponda a la eliminación de la inversión en la proporción en que participan en el capital.*

6. *El capital de la sociedad beneficiaria de la escisión no se incremente en la misma suma en que se disminuyó el capital de la escidente.*
7. *En el proceso de fusión o escisión participe una sociedad vigilada en estado de liquidación.*
8. *Alguna de las sociedades participantes en el proceso de fusión o escisión, según sea el caso, tenga obligaciones originadas en emisión de bonos.*
9. *Alguna de las sociedades intervinientes en el proceso de fusión o escisión, según sea el caso, posea pasivos pensionales.*
10. *Las sociedades incurran en cualquiera de las irregularidades establecidas en los literales a), b), c), o d) del artículo 84¹⁰ de la Ley 222 de 1995, detectadas por esta Superintendencia con motivo de una investigación, siempre y cuando no haya sido archivada la actuación.*
11. *Cuando se trate de sociedades vigiladas¹¹ por la Superintendencia de Sociedades, en el evento en que la sociedad absorbente continúe vigilada por esta Superintendencia.”*

¹⁰ Literales a, b, c y d del artículo 84 de la Ley 222 de 1995: “a. Abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias; b. Suministro al público, a la Superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad; c. No llevar contabilidad de acuerdo con la ley o con los principios contables generalmente aceptados; d. Realización de operaciones no comprendidas en su objeto social.”

¹¹ Las sociedades vigiladas serán aquellas señaladas por el presidente de la República y aquellas que indique el Superintendente de Sociedades, cuando del análisis de la información solicitada o en la práctica de una investigación administrativa, se establezca que la sociedad incurre en cualquiera de las irregularidades fijadas en el artículo 84 de la Ley 222 de 1995.

Procedimiento ante la DIAN- Cancelación del RUT

Las Fusiones y Escisiones son reorganizaciones empresariales y buscan, como ya se ha visto, la potencialización de los negocios. En la Fusión por absorción la sociedad absorbida es disuelta sin ser liquidada, mientras que el proceso de Escisión puede o no determinar una disolución. Si en cualquiera de los casos se establece una disolución, no podrá esa sociedad continuar con el desarrollo de su objeto social, cualquier acto que se celebre en su nombre sería inexistente.

Frente a lo anterior, es necesario aclarar que, la disolución no es necesariamente una consecuencia de la liquidación, ésta puede responder a otros factores como lo son la Fusión y la Escisión. Porque los patrimonios de las sociedades absorbidas o escindidas siguen existiendo, pero en cabeza de diferentes titulares. La disolución determina entonces unas cargas que deben realizar las sociedades absorbentes o creadas, a partir de la unión de otras sociedades. En virtud de la norma, el Decreto 2640 de 2013 determina un efecto con ocasión de la Fusión o Escisión, esto es, la cancelación del Registro Único Tributario (RUT) de la sociedad que deja de existir.

El artículo 17 del Decreto 2640 de 2013 señala:

“Art. 17. Cancelación de la inscripción en el Registro Único Tributario - RUT. La cancelación de la inscripción en el Registro Único Tributario- RUT - procederá en los siguientes casos:

1. A solicitud de parte:

a. Por liquidación, fusión o escisión de la persona jurídica o asimilada. (...)”

La solicitud de cancelación se podrá hacer de forma presencial o virtual, a través de la página web de la DIAN, por el Representante Legal o apoderado, de la sociedad que se

disuelve, acreditando su calidad de tal. En caso de realizar el trámite de forma virtual se debe contar con firma electrónica. El trámite consta del diligenciamiento de un formulario, en el que debe brindarse información exacta y veraz, la cual será constatada por la autoridad competente, DIAN. La cancelación del RUT estará sujeta a la verificación del cumplimiento de todas las obligaciones fiscales a cargo de la persona jurídica que la pretende.

La DIAN podrá realizar visitas previas o posteriores a la formalización de la cancelación del RUT, con el fin de verificar la situación invocada para la cancelación.

A efectos de cancelar el RUT, el solicitante deberá acreditar que el sujeto pasivo (sociedad absorbida) de la obligación, jurídicamente no existe y no tiene obligaciones tributarias, y para ello anexará a su solicitud la documentación respectiva, en la que conste la operación realizada.

Se probará la cancelación del RUT con el documento que expida la DIAN, el cual corresponde a la primera hoja del formulario diligenciado, una vez ha sido validado.

- Registros
- Cámara de Comercio. Debe hacerse el registro de la escritura pública en la que consta el acuerdo de Fusión en el registro mercantil de cada sociedad.
- Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Cuando hay bienes sujetos a registro dentro del patrimonio que se ha traspasado de una sociedad a otra, cambiando los bienes de titular.

c. Clasificación de la Escisión

El doctor Gabino Pinzón clasifica la Escisión así:

- i. Escisión parcial: en este tipo “una sociedad denominada escidente, sin disolverse, fracciona parte de sus activos, pasivos y cuentas patrimoniales, para traspasarlos en bloque a una o varias sociedades beneficiarias ya existentes o son destinados para crear una o varias sociedades nuevas. Debe realizarse por medio de reforma estatutaria, lo cual implica que se mantenga la personalidad jurídica de la compañía escidente”. (Pinzón, 1982).

El efecto principal de un proceso de Escisión consiste en que la sociedad escidente disminuye su capital social u otras cuentas patrimoniales, siendo equivalente el monto en el que se disminuyó a las partes patrimoniales transferidas a otras sociedades ya constituidas o que se constituirán en virtud de la operación.

Características:

- No hay liquidación de la sociedad escidente.
- Disminución de capital o de otras cuentas patrimoniales.
- Traspaso patrimonial en bloque.

- ii. Escisión total: en este tipo “una sociedad se disuelve sin liquidarse, para producir el efecto de división sobre la totalidad del patrimonio y generar el traspaso en bloque de sus partes a sociedades nuevas o ya existentes”. (Pinzón, 1982).

La principal diferencia con la Escisión parcial es que en esta última la sociedad escidente no desaparece, sino que continúa, mientras que en la Escisión total la compañía se extingue, sin que sea necesario cumplir el proceso de liquidación.

d. Trámite para efectuar una Escisión

Es básicamente el mismo que debe hacerse para la Fusión, mediante un compromiso de proyecto que se aprueba en la asamblea general de accionistas o junta de socios, de lo cual debe publicarse un aviso en un diario de amplia circulación nacional, para que se ejerzan derechos por parte de socios y de acreedores, para finalmente elevarse a escritura pública y hacer los correspondientes registros.

II. PARTE ESPECIAL

Fusiones y Escisiones

1. Evolución normativa del ordenamiento jurídico de las Fusiones y Escisiones en el derecho tributario colombiano

a. Antes de la Ley 6ª de 1992

Antes de la promulgación de la Ley 6ª de 1992 no existía regulación expresa en materia tributaria de las instituciones jurídicas de la Fusión y Escisión. El derecho tributario, por tanto, utilizaba por referencia las normas del derecho mercantil.

En este sentido, se expidió el Decreto Reglamentario número 2521 de 1950,¹² el cual establece en el inciso segundo del artículo 217, que la sociedad absorbente se hará cargo de pagar el pasivo de la sociedad absorbida y asume, por este hecho, las responsabilidades de un liquidador respecto de los acreedores de esta. (Ministerio de Industria y Comercio, 1950).

Así, se evidencia que para el caso de los impuestos y las obligaciones tributarias, la sociedad fusionante o absorbente era la encargada y la llamada a responder y a cumplir con las obligaciones presentes y futuras de las sociedades absorbidas, derivadas de un proceso de Fusión.

De la misma forma, por vía de doctrina la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), hizo referencias a las figuras objeto de estudio.

Como expresión de lo anterior se destaca que, en el Concepto 13608 de 1988, la DIAN señaló que para entender los efectos tributarios de las Fusiones de sociedades se debían

¹² Por el cual se reglamentó el capítulo 2º del título 7º, del libro segundo del Código de Comercio, la Ley 58 de 1931, el artículo 40 de la Ley 66 de 1947 y demás disposiciones vigentes sobre sociedades anónimas, en el capítulo X denominado “de la transformación y Fusión de sociedades anónimas”.

armonizar las normas del Código de Comercio, con las normas tributarias para aplicarlas al caso concreto. (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, 1988)

Del mismo modo, este concepto estableció que no existe una liquidación de una sociedad que se fusiona con otra sociedad, ya que la otra sociedad queda extinguida en virtud de la fusión o la absorción realizada por la absorbente o fusionante, siendo esta última la que asume la totalidad de las obligaciones, y además goza y disfruta de todos los derechos de la sociedad disuelta, todo lo anterior siendo vinculante a partir del momento de la formalización del acuerdo de fusión.

De lo anterior se entiende entonces que no existe una liquidación por parte de la sociedad Fusionada o absorbida y por lo tanto la sociedad extinguida no estará sujeta al impuesto derivado de una liquidación, ya que no se cumplen con los supuestos del artículo 22 de la Ley 52 de 1977 que establece:

(...) “Art. 22. En los casos de liquidación durante el ejercicio, el año concluye en las siguientes fechas:

b) Personas jurídicas: en la fecha en que se efectúe la aprobación de las respectivas actas de liquidación¹³, cuando estén sometidas a la vigilancia del Estado” (...).

Sin embargo, debe aclararse que este concepto solo era aplicable para las Fusiones o absorciones realizadas entre sociedades, ya que para la época no se hablaba de Escisiones; como bien se mencionó en las generalidades de este documento, el concepto de Escisión en Colombia se introdujo hasta el año 1990, con la expedición del Artículo 75 del Decreto

¹³ En los procesos de Fusión y Escisión la sociedades absorbidas o escindidas son disueltas pero sin liquidarse, por lo cual no aplicaría esta norma.

1026 de 1990, y posteriormente se amplió y profundizó dicho concepto con la expedición de la Ley 45 de 1990 en sus artículos 11 a 16. En concordancia con lo anterior, se debe entonces explicar las instituciones de Fusión y Escisión en el Proyecto de Ley N° 20 de 1992.

Es importante resaltar que en la Ley 6ª de 1992 se reglamenta, por primera vez de manera expresa, las instituciones jurídicas de Fusiones y Escisiones en la legislación tributaria.

En la exposición de motivos¹⁴ aclara que fueron tres las razones estructurales que impulsaron la promulgación de esta ley:

La primera de ellas, fue la necesidad de saldar un déficit de casi un 1 % del PIB en dichos años, déficit asociado con transferencias realizadas por el Gobierno nacional a aquellas entidades del sector eléctrico y al megaproyecto del metro de Medellín. (Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 1993).

La segunda razón para expedir esta norma fue para compensar las pérdidas generadas por la disminución de los aranceles que se crearon en pro de la apertura económica colombiana, medidas que se determinaron con el fin de otorgarle un mayor impulso de crecimiento a la economía colombiana.

Finalmente, la tercera razón para la expedición de la Ley 6ª de 1992 fue financiar las transferencias territoriales realizadas a las entidades territoriales descentralizadas del Estado, que aumentaron con la expedición de la Constitución de 1991.

Es así que la Ley 6ª de 1992 introdujo a la legislación colombiana el tratamiento tributario de las Fusiones y Escisiones. En efecto, el artículo 10 adicionó los artículos 14-1 y 14-2 al Estatuto Tributario. La norma decía:

¹⁴ Proyecto de Ley N° 20 de 1992

(...) *“Art. 10. Adiciónese al Estatuto Tributario con los siguientes artículos:*

“Artículo 14-1. Efectos tributarios de la Fusión de sociedades.

Para efectos tributarios en el caso de la Fusión de sociedades, no se considerará que exista enajenación entre las sociedades fusionadas. Por consiguiente, la sociedad absorbente o la nueva que surge de la Fusión, integrará los diferentes rubros de sus balances, los cuales se considerarán para los mismos efectos como si hubiesen existido desde el inicio del período gravable.

La sociedad absorbente o la nueva que surge de la Fusión, responde por los impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e intereses y demás obligaciones tributarias de las sociedades fusionadas o absorbidas”.

“Art. 14-2. Efectos tributarios de la Escisión de sociedades.

Para efectos tributarios, en el caso de la Escisión de una sociedad no se considerará que exista enajenación entre la sociedad escindida y las sociedades en que se subdivide.

Las nuevas sociedades producto de la Escisión serán responsables solidarios con la sociedad escindida, tanto por los impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e intereses y demás obligaciones tributarias, de esta última, exigibles al momento de la Escisión, como de los que se originen a su cargo con posterioridad, como consecuencia de los procesos de cobro, discusión, determinación oficial del tributo o

*aplicación de sanciones, correspondientes a períodos anteriores a la Escisión” (...)*¹⁵. (Sistema Único de Información Normativa, 1992).

A la par, la exposición de motivos¹⁶ de la Ley 6ª de 1992 precisó y explicó que en el caso de la Fusión de sociedades, no existe enajenación por integración de los balances de la sociedad absorbente y la sociedad absorbida y, en consecuencia, no se genera impuestos sobre la renta ni impuesto sobre las ventas por tal hecho.

Para el caso de la Escisión de sociedades, aplicaba lo establecido en la Fusión adicionando la responsabilidad solidaria de las sociedades en que se subdivide la sociedad escindida, por las obligaciones tributarias de la última.

De lo anterior, se concluye que respecto a las instituciones de Fusiones y Escisiones lo que buscó el Proyecto de Ley mencionado, que posteriormente se convirtió en la Ley 6ª de 1992 fue incentivar la inversión privada, disminuyendo gravámenes impositivos, para así activar la economía colombiana y reducir la inflación.

El Gobierno tenía como pretensión principal promover la inversión y la producción del sector privado, y buscaba tratar de corregir sesgos que afectaban al sistema tributario.

Las reorganizaciones empresariales que para la época solamente eran incluidas las Fusiones y Escisiones fueron un instrumento incentivado por el Gobierno para disminuir la

¹⁵ *“La exposición de motivos de este Proyecto de Ley establecía que el espíritu de la reforma, y lo que buscan estas nuevas inclusiones normativas al Estatuto Tributario, era contribuir a un crecimiento económico, eficaz y sólido de la economía, en el cual aprovecharen los recursos del país”.* (Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 1993).

¹⁶ Proyecto de Ley N° 20 de 1992

inflación e incentivar la inversión, ya que las altas tasas de inflación que se vivía para esa época¹⁷ no permitían ver con buenos ojos la inversión directa en un país como Colombia.

Se debe aclarar que el aumento repentino de la inversión puede generar un incremento en la demanda y por lo tanto un aumento generalizado de los precios, generando por lo tanto mayor inflación.

Sin embargo, es propio del Gobierno generar políticas para controlar la inflación, dentro de estas se encuentra la reducción de impuestos manteniendo constante las tasas de interés y las tasas de cambio conforme las fuerzas del mercado. Es así que este tipo de política se ve reflejada en la Ley 6ª de 1992; ya que a través de las disposiciones de Fusión y Escisión, aquellas sociedades y/o entidades en las que se estuviera inmersas en dichos procesos, no iban a estar gravadas con los impuestos propios de una enajenación ayudando así que la inflación del país disminuyera.

Por lo tanto la consecuencia directa de la disminución de la inflación se ve reflejada en las personas y empresas, ya que toman decisiones con confianza, permitiendo que exista mayor inversión en el país, siendo este (la inversión) uno de los indicadores más importante de estabilidad macroeconómica.

Expresamente el Proyecto de Ley enunciaba:

“Para resolver interpretaciones contradictorias, se precisa que, en el caso de la Fusión de sociedades, no existe enajenación por la integración de los balances de la sociedad absorbente y la sociedad absorbida, y en consecuencia no se genera impuestos de renta ni sobre las ventas por tal hecho. Igualmente, para el caso de la

¹⁷ Tasa de inflación de diciembre de 1992 era del 25,13% anual.
http://obiee.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Go&_scid=uWSKZa33Av4

Escisión de sociedades, se contempla similar precepto, consagrando a su vez una responsabilidad solidaria de las sociedades en que se subdivide la sociedad escindida, por las obligaciones tributarias de esta última”. (Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 1993).

Adicionalmente, en el artículo 34 del mencionado Proyecto de Ley, que posteriormente se convirtió en el artículo 30 de la citada Ley 6ª de 1992, estableció los efectos de la Fusión y Escisión de sociedades respecto del impuesto sobre la ventas; en dicho artículo se señaló:

“Art 30. Efectos de la Fusión y Escisión de sociedades. Adiciónese el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

"Artículo 428-2. Efectos tributarios de la Fusión y Escisión de sociedades. Lo dispuesto en los artículos 14-1 y 14-2 es igualmente válido en materia del impuesto sobre las ventas”.

Igualmente se estableció en el artículo 10 del citado Proyecto de Ley, que la Escisión debía hacerse de manera tal que no configurara tan solo una segregación de activos individualmente considerados, debía realizarse de una forma que implicara una nueva unidad de explotación económica diferente a la de su origen. De lo contrario, se consideraba una enajenación susceptible de aplicársele el impuesto sobre las ventas, así como también el impuesto a la renta.

No obstante lo anteriormente planteado no quedó consagrado en el texto final de la Ley 6ª de 1992, pues se considera que las normas generales mercantiles y societarias que rigen estas instituciones hacen hincapié y claridad en que la Escisión es el traspaso en bloque parte de sus pasivos y/o activos a una o varias sociedades ya constituidas o que se

constituyen denominas beneficiarias, por lo cual solamente se limitaron a establecer los efectos neutros de estas operaciones.

Así mismo, la norma expresamente señaló que la sociedad absorbente se hacía cargo de los impuestos y contribuciones a los que estuviere obligada la sociedad absorbida, esto se refiere a impuestos causados con anterioridad al acto jurídico que perfeccionaba una Fusión o para el caso de Escisión se entendía expresamente que existía responsabilidad solidaria por parte de las sociedades en que se subdivide la sociedad Escindida por las obligaciones tributarias de esta última.

Recordándose que los socios de las sociedades que intervienen en un proceso de Fusión o de Escisión, tienen responsabilidad solidaria por los impuestos de las sociedades, en virtud del artículo 794 del Estatuto Tributario:

“Artículo 794. Responsabilidad solidaria de los socios por los impuestos de la sociedad. En todos los casos los socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados, responderán solidariamente por los impuestos, actualización e intereses de la persona jurídica o ente colectivo sin personería jurídica de la cual sean miembros, socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados, a prorrata de sus aportes o participaciones en las mismas y del tiempo durante el cual los hubieren poseído en el respectivo período gravable.

Inciso 2°. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los miembros de los fondos de empleados, a los miembros de los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, a los suscriptores de los fondos de inversión y de los fondos mutuos de inversión, ni será aplicable a los accionistas de sociedades anónimas y asimiladas a anónimas.”

Aclarándose posteriormente en el inciso segundo de la misma disposición los accionistas de sociedades anónimas y asimiladas no tendrán responsabilidad solidaria en virtud de la limitación de la responsabilidad de la naturaleza de cada una de las sociedades.

Sin embargo debe tenerse en cuenta que con el artículo 10 del Proyecto de Ley No 20 quedaba claro que el resultado de la Fusión o Escisión si bien cambiaba directamente el responsable del tributo, esto no generaba un nuevo ingreso para el Estado por la realización del proceso de reorganización. Se puede concluir, de acuerdo con lo anterior, que a estos tipos de reorganizaciones empresariales se les exoneraba del pago del impuesto sobre la renta y del impuesto sobre las ventas (IVA), por no ser consideradas como enajenaciones el traspaso de activos, pasivos, derechos y obligaciones derivadas de un proceso de Fusión o Escisión.

b. Después de la Ley 6ª de 1992

Desde la Ley 6ª de 1992, el Congreso de la República ha expedido alrededor de doce (12) leyes que han reformado de diversas formas el sistema tributario del país. Esas modificaciones legislativas han sido producto del querer mitigar la deuda pública, reducir el déficit fiscal y generar mayores ingresos para el Estado. De igual manera, se encuentra en el sistema jurídico colombiano disposiciones de entes estatales que estructuran, interpretan y aplican las leyes de carácter tributario. Desgraciadamente, nuestro ordenamiento jurídico ignora la manera correcta en la que debe regularse el tema que nos atañe, la regulación respecto de Fusiones y Escisiones es dispersa, limitada y precaria, siendo incluso inexistente la regulación, respecto del método contable que debe utilizarse para llevar a cabo procesos de Fusión y Escisión, lo cual repercute directamente en los efectos tributarios de la operación.

Respecto del marco o método contable que debe utilizarse en un proceso de Fusión o Escisión, o de los métodos de valoración de empresas que debe utilizarse para la determinación de la relación de intercambio a que haya lugar en el caso de Fusiones o Escisiones, la misma debe realizarse a través de métodos de reconocido valor técnico¹⁸ adecuados a la naturaleza, características específicas, situación actual y perspectivas de las respectivas entidades.

Posterior a la elección del método de reconocido valor técnico para la valoración de la empresa, se debe presentar información financiera relevante, consolidada en estados financieros de propósito especial.

Como puede observarse antes de la expedición de la circular básica jurídica, en los procesos de Fusión o Escisión se podía utilizar cualquier método de reconocido valor técnico que reflejara la realidad económica de la operación, generando inconsistencias en la valoración de las mismas.

Posteriormente, el marco o método contable de valoración de empresas en los procesos de Fusión o Escisión cambió y fue orientado por la Superintendencia de Sociedades en el capítulo doce (12) de la Circular Básica Jurídica número 100-000003 del veintidós (22) de julio del año 2015 la cual se expide con miras a facilitar la correcta aplicación de la Ley 1314 de 2009 ley que promulga nuevas normas contables con base en la guía de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), en esta se establece que se deben tener

¹⁸ De acuerdo con el concepto número 003 del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, determina que un método de reconocido valor técnico es aquel que se ha construido por el desarrollo disciplinal o se ha aceptado como práctica común y por tanto goza de un apoyo sustancial originado en el reconocimiento profesional o teórico por su capacidad de describir o representar la realidad económica de pérdida de valor original de un activo, originada en su uso, obsolescencia o asignación de costos o gastos a los ingresos que generan.

en cuenta diferentes elementos contables para generar herramientas para la toma de decisiones los procesos de Fusión y Escisión.

Dentro de los métodos de valoración de empresas que debe utilizarse para la determinación de la relación de intercambio a que haya lugar en el caso de Fusiones o Escisiones, es a través de métodos de reconocido valor técnico¹⁹ adecuados a la naturaleza, características específicas, situación actual y perspectivas de las respectivas entidades, teniéndose en cuenta que debe valorarse como empresa en marcha²⁰.

Posterior a la elección del método de reconocido valor técnico para la valoración de la empresa, se debe presentar información financiera relevante, consolidada en estados financieros, La Superintendencia de Sociedades con el fin de realizar una exitosa migración a los estándares internacionales determina que en un proceso de esta naturaleza (Fusión o Escisión) deben tenerse en cuenta todas las guías que ellos promulgan conforme a las NIFF, dentro de los cuales se encuentran:

- a. Los estados financieros de propósito especial a nivel de subcuenta, debidamente certificados y dictaminados por el revisor fiscal, los cuales no podrán tener una fecha de corte mayor a un mes, contados a partir de la fecha de convocatoria a la reunión del máximo órgano social en la que se hubiese discutido la reforma estatutaria.

Dentro de los estados financieros se comprende el siguiente conjunto:

¹⁹ De acuerdo con el concepto número 003 del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, determina que un método de reconocido valor técnico es aquel que se ha construido por el desarrollo disciplinal o se ha aceptado como práctica común y por tanto goza de un apoyo sustancial originado en el reconocimiento profesional o teórico por su capacidad de describir o representar la realidad económica de pérdida de valor original de un activo, originada en su uso, obsolescencia o asignación de costos o gastos a los ingresos que generan.

²⁰ El postulado de empresa en marcha, se refiere que para llevar los estados financieros según las normas contables en virtud del cual la empresa tiene que estar en funcionamiento normal, en virtud del marco conceptual de las Normas Internacionales de Contabilidad.

- a) Estado de situación financiera.
- b) Estado de resultado del periodo y un estado de resultado integral.
- c) Estado de cambios en el patrimonio.
- d) Estado de flujos de efectivo.
- e) Notas a los estados financieros.
- f) Conciliación patrimonial.

Es importante resaltar que en el artículo 24 del Decreto 2649 de 1993 se establecía la norma anterior aplicable en materia contable, en esta se aclaraba que son estados financieros de propósito especial aquellos que se preparan para satisfacer necesidades específicas de ciertos usuarios de la información contable. Se caracterizan por tener una circulación o uso limitado y por suministrar un mayor detalle de algunas partidas u operaciones.

En esta norma los estados financieros de propósito especial son:

- a. El balance inicial
- b. Los estados financieros de períodos intermedios
- c. Los estados de costos
- d. El estado de inventario
- e. Los estados financieros extraordinarios
- f. Los estados de liquidación
- g. Los estados financieros que se presentan a las autoridades con sujeción a las reglas de clasificación y con el detalle determinado por estas y los estados financieros preparados sobre una base comprensiva de contabilidad distinta de los principios de contabilidad generalmente aceptados.

Sin embargo, debe aclararse que la norma aplicable en los procesos de Fusión o Escisión son las nuevas normas contable expedidas bajo las guías de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIFF), en virtud de lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1314 de 2009, el cual faculta a las autoridades de supervisión emitir guías en materia de contabilidad, de información financiera y de aseguramiento de información con base en las nuevas normas contables expedidas bajo las Normas Internacionales de Información Financiera (NIFF).

Igualmente, debe presentarse un documento donde conste las valorizaciones de la propiedad, plata y equipo, intangibles, y otros activos que se reflejen en el estado de situación financiera, en el cual se deberá reflejar si se utilizó el modelo de valor razonable²¹ o el modelo de revaluación²²

- i. *Listado normativo de las Fusiones y Escisiones posterior a la expedición de la Ley 6ª de 1992.*

En el presente capítulo realizará el análisis de la diferente regulación existente en nuestro sistema jurídico sobre la tributación en las Fusiones y Escisiones y sus efectos, a partir de la expedición de la Ley 6ª de 1992, para así aclarar el tratamiento tributario de estas figuras:

1. LEYES

1. Ley 633 de 2000
2. Ley 1429 de 2010
3. Ley 1607 de 2012

²¹ El valor razonable es el precio que podría ser recibido al vender un activo o pagado para transferir un pasivo en una transacción ordenada entre participantes del mercado a una fecha de medición determinada.

²² El valor revaluado de un bien, propiedad plata o equipo es su valor razonable en el momento de la revaluación, menos la depreciación acumulada y el importe acumulado de las pérdidas por deterioro de valor que haya sufrido.

4. Decisión 599 de la CAN

5. Ley 1819 de 2016

2. DECRETOS

1. Decreto 852 de 2006

2. JURISPRUDENCIA

1. Sentencia C-222 de 1995

2. Sentencia C-15315 de 2007

3. Sentencia C-635 de 2011

4. DOCTRINA

1. Concepto DIAN 019770 de 1993

2. Concepto DIAN 079679 de 2006

3. Concepto DIAN 08217 de 2007

4. Concepto DIAN 036469 de 2009

1. LEYES

1. Ley 633 de 2000

“Art. 51. Actualización del valor de las obligaciones tributarias pendientes de pago. (Parágrafo 2). Modificó el artículo 794 del Estatuto Tributario en los siguientes términos:

“Parágrafo 2. En todos los casos, los socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorcios responderán solidariamente por los impuestos, actualización e intereses de la persona jurídica o ente colectivo sin personería jurídica, de la cual sean miembros, socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados, a prorrata de sus aportes en las mismas y del tiempo durante el cual

los hubieren poseído en el respectivo período gravable. La solidaridad de que trata este artículo no se aplicará a las sociedades anónimas o asimiladas a anónimas”.

Como efecto de un proceso de Fusión o Escisión el obligado y titular de la obligación es modificado, efectuándose para ello una novación subjetiva, en la manera en que la sociedad absorbente, o la sociedad nueva, asume la titularidad de obligaciones y derechos de la sociedad absorbida. Lo anterior implica que la administración tributaria puede solicitar dicho pago a la sociedad absorbente, e incluso solicitar el pago de las obligaciones tributarias a los socios participantes en la Fusión o Escisión siendo estos igualmente responsables solidarios del pago de los tributos de la sociedad absorbida o disuelta, como efecto tributario que se evidencia por la operación de Fusión/Escisión. Lo anterior determina que, si bien las obligaciones y los derechos han cambiado de titular, la trayectoria contable que orienta la tributación no se extingue o modifica, entonces la sociedad absorbente, integrada por unos determinados socios, debe atender los impuestos causados y no pagados de la sociedad absorbida o extinguida; la ley de la referencia establece que esa responsabilidad solidaria recae igualmente sobre los socios, por lo que el Estado puede legítimamente cobrarles esos impuestos en proporción al monto de sus aportes. Respecto de la responsabilidad solidaria de los socios, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“La solidaridad del socio no implica una responsabilidad ilimitada, claramente el legislador reduce la responsabilidad del socio a una parte proporcional que le corresponde a cada cual en la sociedad, esto es a prorrata de sus aportes en la misma y el tiempo durante el cual lo hubieren poseído en el respectivo período gravable”. (Corte Constitucional, Sentencia C-210 del 2000).

Lo anterior no aplica para sociedades anónimas o asimiladas²³, por cuanto la ley establece expresamente que la responsabilidad solidaria respecto de los accionistas, no aplica a sociedades por acciones, lo cual es consecuente con la regulación de este tipo societario, donde la responsabilidad se constriñe al monto de los aportes efectuados por el accionista, estableciendo así una separación patrimonial absoluta, respecto del patrimonio de los accionistas con las obligaciones de la sociedad.

Debe precisarse que, en el caso de que las obligaciones a cargo de la sociedad del tipo de las limitadas, que tengan el carácter de fiscales o laborales, los socios serán responsables solidaria e ilimitadamente, cuando quiera que la compañía no pudiese satisfacerlas totalmente²⁴. La Ley 633 de 2000 se refirió a la Fusión respecto de entidades públicas y señaló lo siguiente:

Art. 73. “Impuestos en los casos de supresión, Fusión, transformación de entidades u organismos públicos del orden nacional. En los casos de supresión, Fusión, transformación, cesión de activos, pasivos y contratos, liquidación o modificación de estructura de entidades u organismos públicos del orden nacional, los actos o contratos que deban extenderse u otorgarse con motivo de tales eventos, se considerarán actos sin cuantía y no generarán impuestos ni contribuciones de carácter nacional.

Para efectos del registro sobre inmuebles y demás bienes sujetos al mismo, bastará con enumerarlos en el respectivo documento en el que conste la supresión, Fusión,

²³ Sociedades por Acciones.

²⁴ Oficio 220-012336 del 21 de enero de 2008 de la Superintendencia de Sociedades

transformación, cesión de activos, pasivos y contratos, liquidación o modificación de estructura, indicando el folio de matrícula inmobiliaria o el dato que identifica el registro del bien o de los derechos respectivos, incluidos los derechos fiduciarios”.

La finalidad de este artículo es beneficiar a las entidades u organismos públicos mediante una exoneración tributaria, lo cual permite reducir cargas fiscales en favor de entidades públicas. Como se indica en el artículo, las operaciones mencionadas como la Fusión, no generan impuestos ni contribuciones de carácter nacional. Lo anterior facilita la estructuración del presupuesto que las entidades establecen para llevar a cabo operaciones de reorganización, disminuyendo así costos y promoviendo el desarrollo de estructuras públicas, conforme a las necesidades estatales.

2. Ley 1429 de 2010

Se expidió con el fin de promover la formalización y generación de empleo, mediante el otorgamiento de beneficios tributarios. Si bien no regula los procesos de Fusión y Escisión, sí se refiere a estos de la siguiente manera:

Los artículos 9, 10, 11 y 13 determinan beneficios sobre los impuestos sobre la renta y complementarios, de los aportes parafiscales y las contribuciones de nómina. Para cada uno de estos artículos se hace la misma referencia respecto de la Fusión:

“(...) El beneficio de que trata este artículo solo aplica para nuevos empleos, sin que puedan interpretarse como nuevos empleos aquellos que surgen luego de la Fusión de empresas (...)”. (Superintendencia de Sociedades, 2009).

La transmisión patrimonial que se da producto de la Fusión de empresas, conlleva a que respecto de los contratos de trabajo opere la figura de sustitución patronal. La empresa

absorbente o la creada vincularán en calidad de empleadores a los trabajadores de la sociedad absorbida o la fusionada. Lo anterior no da lugar a la obtención de beneficios determinados en la Ley 1429 de 2010.

Art. 31. “Disposiciones comunes sobre liquidación privada. (...). Sociedad en estado de liquidación privada podrá ser parte de un proceso de Fusión o Escisión”.

Finalmente, la Ley 1429 puntualiza que la transmisión del patrimonio podrá hacerse incluso a partir de un proceso de liquidación voluntaria. La sociedad en proceso de liquidación procede a transmitir su patrimonio en bloque a otra sociedad, el patrimonio transmitido en bloque será el resultante del proceso ordinario de liquidación., dicha transmisión patrimonial podrá hacerse en el marco de una Fusión, proceso que no tendrá ningún requisito o etapa adicional. Indistintamente que se realice una Fusión por creación o por absorción, necesariamente en el resultado será la disolución de la sociedad que transmitió su patrimonio.

3. Ley 1607 de 2012

a. Generalidades

Es una de tantas reformas tributarias que han sido aprobadas en Colombia en el pasado reciente. Esta ley se expidió como consecuencia del desequilibrio económico existente en el país, ya que los recursos de la Nación no resultaban insuficientes para cubrir sus gastos.

En cuanto a la política fiscal para el periodo 2010-2014, el Gobierno colombiano se orientó a buscar quiénes eran sujetos responsables de los impuestos, para posteriormente

imponerles la carga tributaria, trabajando así en temas de desigualdad tributaria, progresividad de los impuestos y redistribución de los ingresos del Estado. Se intentó encontrar vacíos normativos para cerrar tales brechas.

Como bien se señalaba, una de las principales motivaciones por las cuales se expidió esta ley, era la necesidad de buscar progresividad en el pago de los impuestos.

La reforma tributaria también tuvo por objeto aumentar el recaudo de impuestos en Colombia, ya que para los dos años anteriores a la promulgación de esta ley, se evidenció que hubo un menor recaudo, generado principalmente por un efecto adverso al beneficio tributario, que el Gobierno estableció para la adquisición de activos fijos. (Zarama & Zarama, 2013).

Igualmente se podía evidenciar que antes de la promulgación de esta ley, el régimen de Fusiones y Escisiones era un régimen tributario laxo, denominado régimen de neutralidad tributaria, establecido en los artículos 14-1 y 14-2 del Estatuto Tributario. Régimen según el cual no se considera que dichas operaciones configuren una enajenación y en consecuencia tampoco exista ingreso gravable alguno.

Los efectos que implicaba considerar una operación neutra fiscalmente eran los siguientes:

1. No existían efectos en el impuesto sobre la renta ya que en los procesos de Fusión o Escisión no se generan pérdidas ni ganancias en el traslado de los activos y pasivos de una sociedad a otra.

2. De igual forma, tampoco se tenía incidencia en el impuesto sobre las ventas (IVA) ya que no se consideraba como una enajenación de bienes susceptibles de ser gravados con este impuesto.
3. Al no existir enajenación no había incidencia en la retención en la fuente.
4. Finalmente, como se entendía que no había ingresos brutos gravables derivados de la operación de Fusión o Escisión, entonces tampoco estaba gravada con el impuesto de industria y comercio. Esto en virtud del Acuerdo 469 del veintidós (22) de junio de 2011, el cual en su artículo 7 establece:

“Artículo 7. No obligados a presentar declaración del impuesto de industria y comercio.

A partir del primer bimestre del año gravable 2012, no estarán obligados a presentar la declaración bimestral del impuesto de industria y comercio los responsables del régimen común en los periodos en los cuales no hayan efectuado operaciones sometidas al impuesto.”

Sin embargo, para el caso de Bogotá en el Decreto Distrital 807 de 1993, modificado por el Decreto Distrital 362 de 2002, en el parágrafo del artículo 28 establece, que cuando los contribuyentes del impuesto de industria, comercio, avisos y tableros que cesen definitivamente el desarrollo de la totalidad de las actividades sujetas a dicho impuesto, deberán informar a la Administración Distrital este hecho durante los dos (2) meses siguientes a la realización del mismo, igualmente aclara que mientras el contribuyente no informe los hechos, estará obligado a presentar las correspondientes

declaraciones tributarias; y que los mismos,²⁵ deben presentar su última declaración de impuesto de industria y comercio dentro del periodo comprendido desde la fecha de iniciación de actividades y la fecha del cese de la actividad.

Por lo tanto tratándose de operaciones de Fusión y Escisión, la declaración del impuesto de industria y comercio comprenderá desde la fecha del inicio de la realización de actividades industriales, comerciales o de servicios que generen ingresos brutos hasta cuando la sociedad fusionada, absorbida o escindida deje de realizar dichas actividades y lo comunique a la Secretaria de Hacienda Distrital, ya que la sociedad absorbida, fusionada o escindida, se consideran extinguidas, una vez se culmine el proceso. A continuación se citan la norma:

“Artículo 28 Decreto Distrital 807 de 1993 Parágrafo.- Cuando la iniciación o el cese definitivo de la actividad se presente en el transcurso de un período declarable, la declaración de industria, comercio y avisos y tableros deberá presentarse por el período comprendido entre la fecha de iniciación y de la actividad y la fecha del cese definitivo de la actividad, respectivamente. En este último caso, la declaración deberá presentarse dentro del mes siguiente a la fecha de haber cesado definitivamente las actividades sometidas al impuesto, la cual, en el evento de liquidación, corresponderá a la indicada en el artículo 595 del Estatuto Tributario Nacional, para cada situación específica allí contemplada.” Por lo anterior, se puede concluir que en estos artículos se establecía que las operaciones de Fusión y Escisión no eran consideradas como enajenación para efectos tributarios, por lo cual todas las operaciones de reorganización empresarial no se

²⁵ Los contribuyentes del impuesto de industria y comercio.

consideraban como una venta, así estas lo fueran en la realidad, y como consecuencia no se hacían responsables del impuesto sobre la renta, el impuesto sobre las ventas (IVA), ni tampoco del impuesto de industria y comercio (ICA). Esto bajo la tesis que no existían ingresos brutos percibidos en la transición y perfeccionamiento de dichas operaciones, así como tampoco se estaban realizando actividades susceptibles de incrementar el patrimonio.

Subsiguientemente, debemos hacer referencia un tema pertinente a lo mencionado en acápite anteriores, denominado “Abuso del Derecho en las obligaciones tributarias” ya que muchas de estas operaciones se realizaban para generar beneficios tributarios y librarse del régimen impositivo.

Dicho régimen está consagrado antes de la Ley 1607 de 2012, en la sentencia C-015 de 1993, en donde se expresa que prevalecerá el derecho sustancial, sobre el derecho formal. Aclarando que la norma tributaria no puede interpretarse literalmente, por lo tanto los hechos fiscalmente relevantes deben examinarse de acuerdo con su sustancia económica, por lo tanto la Corte Constitucional establece:

“(...) Si su resultado material, así comprenda varios actos conexos, independientemente de su forma jurídica, es equivalente en su resultado económico a las circunstancias y presupuestos que según la ley generan la obligación tributaria, las personas a las cuales se imputan, no pueden evadir o eludir, el pago de los impuestos. El principio de prevalencia del derecho sustancial, no puede ser ajeno al sistema tributario. El sistema tributario en el Estado social de derecho es el efecto agregado de la solidaridad de las personas, valor constitucional fundante, que

impone a las autoridades la misión de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares. La efectividad del deber social de toda persona de "contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de concepto de justicia y equidad", abona el criterio de privilegiar en esta materia la sustancia sobre la forma. (...)"

Igualmente, la Corte precisa: lo siguiente: "(...) De otra parte, el "abuso de las formas jurídicas", patente en la utilización de definiciones y categorías jurídicas con miras principalmente a evadir o eludir el pago de impuestos, les sustrae su legitimidad, y obliga al Estado a desestimar sus efectos. La intentio juris deberá ser desplazada por la intentio facti (...)"

En esta sentencia la Corte da facultades a la Administración para que esta realizara una reclasificación de las conductas de los contribuyentes en comparación con las presentadas por los mismos; así mismo la Administración podía dar efectos tributarios a dichas conductas reclasificadas de acuerdo con la realidad económica de cada uno de los hechos y finalmente se invertía la carga de la prueba en los procesos en que se incurriera la conducta de defraudación de la ley. Posteriormente la Corte Constitucional se vuelve a pronunciar respecto del tema del abuso tributario, en la sentencia SU 1122 del año 2001 en donde determina: "(...) *Se puede hablar de un fraude a la ley (o fraude al derecho), por cuanto se aprovecha las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para fines o resultados no queridos (en tanto que incompatibles) por el ordenamiento jurídico. No se trata de un acto ilegal o ilícito en la medida en que no existe regla que prohíba el resultado hermenéutico. La calificación de fraude, entonces, tiene por objeto permitir que se corrija*

este fenómeno, a pesar de no ser típico. En este orden de ideas, el juez y la administración tienen el deber de evitar que se interpreten los textos legales de manera que se cometa fraude a los principios del sistema. (...)”

Igualmente, el Consejo de Estado en sentencia del catorce (14) de abril de 2011, se pronunció frente a la normas anti- abuso: *“Para el Consejo de Estado esta operación se ejecutó en contra de los objetivos pretendidos por el legislador y con el fin de alterar los hechos económicos y disminuir los tributos a pagar. “(...) es función de la administración tributaria velar porque no se infrinja la obligación tributaria sustancial, directamente o a través de operaciones que, aunque aparentemente legales, tienen por objeto menguar los intereses del fisco”.*

Posteriormente, con la expedición de la Ley 1607 de 2012, se incluyeron los artículos 122,123, 124 que posteriormente se convirtieron en los artículos 869, 869-1, 869-2 del Estatuto Tributario.

La exposición de motivos de la Ley 1607 de 2012, determinó *“(...) En relación con las normas anti- abuso, esta propuesta de reforma incluye diversos mecanismos de control del abuso destinados a aumentar el recaudo y fortalecer la cultura de cumplimiento tributario. Para que el sistema tributario tenga posibilidades efectivas de combatir las prácticas abusivas, especialmente aquellas que son más sofisticadas, se requiere que las autoridades administrativas y judiciales puedan cuestionar la validez de transacciones que no tienen propósitos de negocios distintos a la reducción de impuesto con esto en mente, se propone introducir al estatuto tributario una cláusula general anti-abuso.*

Actualmente, la administración no cuenta con suficientes facultades para fiscalizar los casos de abuso o fraude a la ley tributaria. En la mayoría de países, el mecanismo seleccionado para controlar el abuso consiste en la adopción de una cláusula general anti-abuso que permite la fiscalización a partir de hipótesis en las que se le pide al contribuyente, mediante la inversión de la carga de la prueba, que demuestre que sus operaciones, actos y demás fueron hechos con propósitos de negocios, distinto al mero ahorro de impuestos. En línea con esta tendencia, se propone que los funcionarios de la administración tributaria puedan desconocer cualquier entidad, operación o acto jurídico de manera total o parcial, siempre que quede probado que hubo abuso por parte del contribuyente. Los funcionarios podrán así mismo reclasificar, recharacterizar o recalificar la entidad, operación o acto jurídico de que se trate, de acuerdo con la naturaleza que hubiese tenido de no haber existido abuso (...)”

Por lo tanto en estos artículos se estipularon las normas respectivas al abuso tributario, adoptando una cláusula general anti-abuso, normas enfocadas en impedir que los contribuyentes de las obligaciones tributarias utilicen maniobras, herramientas o vehículos artificiales, simulados o sin sustancia económica para disminuir la base gravable impositiva.

Las normas incluyen elementos que constituyen una conducta abusiva en las siguientes condiciones:

- a) Elementos de forma: se entiende que una conducta es abusiva cuando el contribuyente usa cualquier tipo de entidad o acto jurídico legal o ilegal (omisión de

ingresos, inclusión de pasivos, celebración de contratos, creación de sociedades, reorganizaciones empresariales) para afectar la realidad económica.

- b) Intensión: se trata entonces de un actuar encaminado a alterar, afectar, o modificar la realidad económica y los efectos tributarios a los que está obligado un contribuyente.
- c) El beneficiario de la operación: implica que existe provecho para el contribuyente o para terceros en términos económicos y de ahorro en el pago de las obligaciones tributarias.
- d) La carga de la prueba: es deber del contribuyente controvertir la carga de la prueba ante la Administración en donde se deberán, controvertir los supuestos determinados por la DIAN, probar el propósito de la operación realizada.

Igualmente, debemos destacar que la Ley 1819 de 2016 modifica el artículo 869 del Estatuto Tributario, realizando cambios precisos al régimen de abuso en materia tributaria. Inicialmente incorporado en los artículos 122 y siguientes de la Ley 1607 de 2012, explicada anteriormente. Dentro de los cambios se encuentra la implementación de la cláusula anti-abuso estableciendo que todo aquello que no permite claridad en una actuación u operación encuadraría dentro de la noción de abuso en materia tributaria, así mismo se le da mayor libertad a los funcionarios de la administración respecto de la interpretación de conductas, dándoles un amplio rango de utilizar sus propios criterios al momento de catalogar si una conducta es abusiva o no. De igual forma se le dan mayores facultades a la Administración para que ésta busque la realidad económica de las operaciones realizadas por el contribuyente de forma paralela al cumplimiento de sus obligaciones formales. (Centro de Estudios Tributarios de Antioquia, 2016)

En consecuencia, de la modificación de la norma anterior, también se modifica el artículo 869-1 del Estatuto Tributario, el cual establecía los supuestos taxativos para la aplicación del abuso en materia tributaria haciéndola inaplicable por las múltiples limitantes al momento de encuadrar actos, operaciones y esquemas abusivos que existen en la actualidad para evadir o eludir las cargas fiscales. Es por esto que estos supuestos se eliminan y en cambio se incorpora al ordenamiento jurídico un procedimiento especial por abuso en materia tributaria.

El procedimiento se caracteriza por tener las siguientes etapas:

Un emplazamiento especial que constituye una invitación por parte de la Administración para advertirle al contribuyente que se encontró un hallazgo considerado como abuso en materia tributaria, éste debe realizarse a través de acto administrativo motivado, explicando las razones por las cuales se determina que el contribuyente está incurriendo en actos abusivos.

Posteriormente, el contribuyente podrá responder este emplazamiento especial, garantizando así, el derecho de defensa. En dicha contestación el contribuyente podrá aportar y solicitar pruebas para controvertir la aseveración realizada por la Administración. Para esto se tienen tres (3) meses contados a partir de la notificación del acto administrativo.²⁶

Si la contestación del emplazamiento especial en consideración de la Administración no es satisfactoria y no controvierte los hechos imputados por ésta, entonces se expedirá un emplazamiento por no declarar o un requerimiento especial en donde se determina la

²⁶ Durante el termino para dar respuesta al emplazamiento especial estarán suspendidos el término de firmeza de la declaración objeto del proceso.

conducta recaracterizada o reconfigurada la operación abusiva. Lo cual a nuestro parecer nos parece un exceso de facultades sancionatorias en cabeza de la DIAN, ya que el contribuyente estaría en condiciones desfavorables y desequilibradas al momento de controvertir los cargos señalados.

De todo lo anterior podemos observar, no es por falta de mecanismos que tiene la Administración para castigar las conductas como abusivas de aquellos contribuyentes que quieren aprovecharse. Tampoco es un tema nuevo, ya que este tema ha sido debatido desde el año 1993, en donde se ha manifestado la preocupación de las maniobras abusivas de contribuyentes para evadir o eludir las cargas fiscales atribuidas a éstos.

Se puede considerar que a través del desarrollo económico y la expansión de las fronteras se han generado incontables actos y operaciones cada vez más sofisticadas dentro de las que se encuentran las Fusiones y Escisiones para burlar la normatividad tributaria, sin embargo conforme va avanzando la globalización y la necesidad de información se hace indispensable que se realicen acuerdos de intercambio de información con otras Administraciones Tributarias del mundo para hacer el trabajo de fiscalización más eficaz y así comprender y entender si las conductas de los contribuyentes son abusivas o no.

Todo lo anteriormente explicado, aplica completamente a los procesos de reorganización empresarial, incluidos los procesos de Fusión y Escisión, ya que si una o varias sociedades realizan estas operaciones con el fin de defraudar al fisco o para obtener beneficios que de acuerdo con su realidad económica no pueden acceder, las normas de abuso de derecho aplicarán en toda su expresión, desvirtuándose por lo tanto la operación y reconfigurándola o recaracterizándola por aquella que refleje la realidad económica de la misma y aplicando

completamente todos los efectos de la operación real. Por su parte la exposición de motivos Proyecto de Ley número 166 de Cámara y 134 de Senado, de 2012, por la cual se promulga la Ley 1607 de 2012, reiteró el tratamiento de las Fusiones y Escisiones, antes de su expedición, mostrando que tales operaciones no constituían enajenación para las sociedades participantes, sin consagrar ningún requisito adicional para otorgar dicho tratamiento, permitiendo esto la fuga de capitales y de activos sin pagar impuestos en el país. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2012).

Por lo anterior, se planteó ampliar los supuestos constitutivos de reorganizaciones empresariales, ya que para la época solamente se contemplaban las Fusiones y Escisiones. En la exposición de motivos Proyecto de Ley número 166 de Cámara y 134 de Senado, de 2012, se manifestó expresamente:

“(...) En los últimos años, ha habido un incremento considerable de las operaciones denominadas de ‘internacionalización’ de activos y negocios colombianos, en virtud de los cuales dichos activos y negocios han sido sustraídos del territorio colombiano y, en consecuencia, del ámbito de tributación nacional.

La posibilidad legal de estas transacciones se fundamenta en la ausencia de restricciones tributarias para la salida de bienes colombianos, a través de aportes a sociedades y otras entidades en el extranjero. Hoy en día, por tanto, los colombianos pueden aportar sus patrimonios a entidades del exterior para su venta o para la acumulación de futuros rendimientos, sin que la transferencia de activos genere impuesto en Colombia.

Debido a las dificultades para fiscalizar las operaciones que se realizan fuera de la jurisdicción colombiana, lo más adecuado en los casos de transferencia de activos de cualquier clase al exterior es estar dicha transferencia como una enajenación para efectos fiscales y gravarla con impuesto sobre la renta y complementarios.

La legislación tributaria colombiana se ha limitado a establecer que las Fusiones y Escisiones no constituyen enajenación para las sociedades participantes, sin consagrar ningún requisito o condición adicional para otorgar dicho tratamiento. Esta regulación es extremadamente escasa para el panorama de las reorganizaciones empresariales que se han dado en los últimos años en el país, cuyo número de sofisticación ha aumentado de manera constante año tras año. Es así como, en algunos casos, las reglas actuales han permitido la fuga de activos y capitales, sin que paguen impuestos en Colombia. Así mismo, en otros casos, las reglas han operado en desmedro de los contribuyentes que legalmente buscan adaptar la estructura formal de sus negocios para optimizar procesos sin desprenderse de su patrimonio. Ello ha generado un sesgo injustificado a favor de las reorganizaciones, Fusiones y adquisiciones en el extranjero, cosa que puede prevenirse con la adecuada regulación de dichas transacciones.

La regulación actual de precios de transferencia no contempla de manera adecuada el sistema de análisis económico que debe realizarse en casos de verdaderas reorganizaciones, teniendo en cuenta que no existen comparables en el mercado por tratarse de transacciones que, por su naturaleza, solo se realizan entre partes vinculadas.

Así las cosas, se propone ampliar los supuestos constitutivos de reorganización, pues actualmente solamente se contemplan Fusiones y Escisiones, que son solo algunas de las posibilidades jurídicas de reorganización, al tiempo que se busca reconocer y consagrar un tratamiento tributario adecuado a las distintas clases de Fusiones y adquisiciones (adquisitivas y reorganizativas). Adicionalmente, se establecen los requisitos de continuidad en el control y en la actividad empresarial, para lograr el diferimiento del impuesto hasta el momento de la venta de bienes o derechos adquiridos en virtud de la reorganización. Estos dos requisitos han sido identificados internacionalmente como elementos esenciales de una reorganización empresarial, pues en ausencia de ellos la operación debe calificarse como una enajenación (...)".

(Senado y Cámara de Representantes de la República de Colombia, 2012).

Por lo tanto, con la expedición de la Ley 1607 de 2012 se derogaron expresamente los artículos 14-1 y 14-2 del Estatuto Tributario. En efecto, en el artículo 98 de la reforma tributaria se eliminó el tratamiento neutro en las operaciones de reorganización empresarial y, por lo mismo, se fijó como regla general que todas las reorganizaciones, incluyendo la Fusión y la Escisión, serán gravadas con el impuesto sobre la renta y complementarios y se entenderá que existe enajenación, salvo que se cumplan los requisitos para que sea tratada como una operación neutra. (No hay enajenación)

a. *Tipos de Fusiones y Escisiones*

La norma establecida, y hoy vigente, concibe dos tipos de reestructuraciones empresariales tratándose de Fusiones y Escisiones. La primera de ellas es la adquisitiva y, la segunda, la reorganizativa.

De acuerdo con el concepto 30111 del 16 de mayo de 2014, los aportes a sociedades nacionales y los provenientes de Fusiones y Escisiones, adquisitivas y reorganizativas, están gravados con el impuesto sobre las ventas IVA, a menos que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo 428-2 del Estatuto Tributario.

Dando como resultado que si el aporte social no genera impuesto sobre la renta y complementarios, tampoco generará impuesto sobre las ventas. (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN).

i. *Fusión-Escisión adquisitiva*

Este tipo de reorganización empresarial está consagrada en el artículo 319-3 del Estatuto Tributario, el cual establece que lo serán aquellas Fusiones en las cuales las entidades participantes no estén vinculadas entre sí; entiende igualmente como adquisitivas, las Escisiones en las cuales la entidad escidente y las entidades beneficiarias, si existieren al momento de la Escisión, no son vinculadas entre sí. La norma dice textualmente:

“(...) Art. 319-3. Fusiones y Escisiones adquisitivas.

Se entiende por tales, aquellas Fusiones en las cuales las entidades participantes en la Fusión no son vinculadas entre sí, y aquellas Escisiones en las cuales la entidad

escidente y las entidades beneficiarias, si existieren al momento de la Escisión, no son vinculadas entre sí.

Para efectos de la determinación de la existencia o no de vinculación, se acudirá a los criterios establecidos en el artículo 260-1 de este Estatuto. (...)

Así mismo, en las consideraciones del Decreto Reglamentario 2688 del 23 de diciembre de 2014, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público establece que en las Fusiones y Escisiones adquisitivas no existe vinculación entre las entidades/sociedades participantes, en la reorganización empresarial. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2014).

1. *Efectos derivados de una Fusión o Escisión adquisitiva*

Los efectos se encuentran consagrados en el artículo 319-4 del Estatuto Tributario, que expresa:

“(...) Art. 319-4. Efectos en las Fusiones y Escisiones adquisitivas.

Las Fusiones y Escisiones Adquisitivas tendrán los efectos que a continuación se señalan:

1. *“(...) No se entenderá que las entidades intervinientes en la respectiva Fusión o Escisión, ya sea que intervengan como absorbidas o escidentes (es decir, como enajenantes), o como absorbentes resultantes de la Fusión o beneficiarias (es decir, como adquirentes), experimentan ingreso gravable alguno, como consecuencia de la transferencia de activos entre sí ni se*

*entenderá que dicha transferencia constituye enajenación para efectos fiscales.
(subrayado fuera del texto)(...)”.*

Este numeral nos muestra el principal efecto de que una Fusión o una Escisión sea considerada como tal en términos tributarios, el cual consiste en aplicar el principio de neutralidad fiscal a estas operaciones, ya que si se cumplen con todos los requisitos estipulados en la ley, entonces la operación no será gravada con el impuesto, siendo esta la excepción a la regla general aplicada en la ley.

En virtud de los Oficios de la DIAN 3038 del 5 de febrero de 2015 y el Concepto 4364 del 17 de febrero de 2015, se establece que, conforme al principio de neutralidad fiscal de las operaciones de Fusiones y Escisiones, los bienes transferidos deberán conservar la misma naturaleza de activos fijos o movibles que tenían antes de realizarse la operación de reorganización. Así mismo, debe conservarse el costo fiscal que se tenía antes de realizar la Fusión o la Escisión, y tampoco podrán modificarse las bases de depreciación y de amortización. En razón de este principio, se reglamentan en los numerales posteriores tales reglas. (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, 2015).

2. *“(...) Para la entidad adquirente el costo fiscal de los bienes transferidos será el mismo que tenga la enajenante respecto de tales bienes, de lo cual se dejará constancia en el documento que contenga el acto jurídico de Fusión o Escisión. Para efectos de depreciación o amortización fiscal en cabeza de la entidad adquirente, no habrá lugar a extensiones o reducciones en la vida útil de los*

bienes transferidos, ni a modificaciones del costo fiscal base de depreciación o amortización. (...)”.

Se plantea en este numeral que para que el ordenamiento jurídico tributario colombiano entienda que existe una Fusión o Escisión adquisitiva, el costo fiscal de los bienes transferidos en la operación deberá ser el mismo que tengan estos en la sociedad enajenante. Además, no es posible que los bienes que se vayan a transferir tengan un mayor valor al que se tiene en la sociedad enajenante antes de realizar el procedimiento de Fusión o Escisión, porque se consideraría enriquecimiento, por lo tanto generaría utilidades para la sociedad que transfiere en todo o en parte su patrimonio y se percibiría en realidad como una operación de enajenación y no como una reorganización empresarial.²⁷

De la misma forma, la ley establece una limitación en términos de depreciación y amortización, al determinar que no es posible aumentar o disminuir la vida útil de los activos transferidos en la reorganización, con el objeto de controlar el posible desgaste acelerado de los activos con motivo de la Fusión o Escisión.

3. *“(...) Los bienes transferidos conservarán para efectos fiscales en la entidad adquirente, la misma naturaleza de activos fijos o movibles que tengan para la entidad enajenante en el momento de la respectiva Fusión o Escisión. (...)”.*

La naturaleza de esta disposición es mantener uno de los pilares principales de las reorganizaciones, el cual es darle continuidad a la actividad empresarial, así como la de mantener la naturaleza de los bienes, tanto los activos fijos o movibles, que son transferidos

²⁷ Es por esto que para temas de impuestos la sociedad enajenante debe enfrentar los impuestos a cargo y no pagados que estén en cabeza de la misma.

en virtud de la Fusión o Escisión. Lo anterior deja claro entonces, que la neutralidad fiscal es un principio que entiende que, tanto el costo fiscal de las acciones recibidas por el aportante, como el costo fiscal de los bienes aportados, deben ser los mismos que tenían antes de haber realizado la Fusión o la Escisión, y que en los casos en los cuales los supuestos no se cumplan, se entenderá que existe enajenación.

4. *“(...) Si la adquirente enajena los activos dentro de los dos (2) años siguientes al aporte, no podrá compensar pérdidas fiscales acumuladas ni excesos de renta presuntiva sobre renta líquida, respecto del ingreso que genere la enajenación de dichos bienes. (...)”.*

La ley es clara en establecer limitantes para que las sociedades resultantes de la Fusión o la Escisión realizada puedan tomarse los beneficios tributarios que plantea la ley. Dentro de estas se encuentra la prohibición de vender los activos fijos o movibles destinados a la nueva sociedad fusionante o escidente, para compensar pérdidas fiscales, dentro de los dos años siguientes a la operación de Fusión.

5. *“(...) Respecto de los accionistas, socios o partícipes en las entidades participantes, no se entenderá que existe enajenación de acciones, cuotas o participaciones, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (subrayado fuera del texto)”.*

Este numeral plantea que en el caso que una reorganización sea gravada, el hecho generador del impuesto sobre la renta y complementarios será la percepción de ingresos obtenidos por el contribuyente en el año o periodo gravable, que sean susceptibles de

incrementar su patrimonio, derivados de la enajenación, por parte de los socios, de las acciones, cuotas o participaciones de la sociedad objeto del proceso de reorganización. Ya que estos no cumplirían con el requisito de continuidad en la sociedad Fusión, absorbente o Escidente; lo que se puede inferir de la lectura de este numeral, entendiéndose de igual forma que las Fusiones o Escisiones en donde no se cumplan estas condiciones, la operación de reorganización empresarial se entenderá gravada; así mismo aclara que si no se cumplen con estos requisitos, que a continuación se describen, se entenderá que existe una operación de Fusión o Escisión gravada y por lo tanto se entenderá que hubo por parte de los accionistas una enajenación, ya sea de acciones, cuotas, participaciones, derechos económicos y/o derechos políticos. Es por esto que deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a. *“(…) Que en el caso de la Fusión, los accionistas, socios o partícipes titulares de por lo menos el setenta y cinco por ciento (75%) de las acciones, cuotas, participaciones, derechos económicos y derechos políticos, en cada una de las entidades fusionadas, participen luego de la Fusión en la entidad absorbente o resultante de la Fusión, con acciones, cuotas sociales, participaciones, derechos económicos y derechos políticos, equivalentes en sustancia a aquellos que tengan antes de la Fusión, aunque proporcionales a su participación en la entidad resultante de la Fusión (…)”*.
- b. *“(…) Que en el caso de la Escisión, los accionistas, socios o partícipes, titulares de por lo menos el setenta y cinco por ciento (75 %) de las*

acciones, cuotas, participaciones, derechos económicos y derechos políticos en la entidad escidente, participen luego de la Escisión en la enajenante misma, o en una o más de las entidades beneficiarias, con acciones, cuotas sociales, participaciones, derechos económicos y derechos políticos equivalentes en sustancia, a aquellos que tengan antes de la Escisión, aunque en proporción a su participación en la entidad enajenante o beneficiaria respectiva (...)”

c. *“(...) Que en los eventos previstos en los literales a) y b) anteriores, la participación o los derechos que reciba el respectivo accionista, socio o participe en la entidad resultante de la Fusión o en la escidente, o en la entidad beneficiaria o beneficiarias respectivas, constituya no menos del noventa por ciento (90 %) de la contraprestación que reciba el respectivo accionista, socio o participe por sus acciones, cuotas, participaciones o derechos en la entidad absorbente o escidente, sobre bases comerciales razonables, según estas se reflejen en el método de valoración y en el mecanismo de intercambio adoptado para la respectiva Fusión o Escisión (...)*”.

d. *“(...) Si los accionistas, socios o participes a que se refieren los literales a) y b) anteriores, enajenan o ceden a cualquier título las acciones, cuotas sociales, participaciones, derechos políticos o económicos, antes de que finalice el segundo año gravable, siguiente al año gravable en el cual se perfeccione la respectiva Fusión o Escisión, deberán pagar por concepto de impuesto de renta y complementarios, por el respectivo acto*

de enajenación o cesión, el que aplique al mismo acto de enajenación, adicionado en un treinta por ciento (30 %), sin que en ningún caso dicho impuesto de renta resulte inferior al diez por ciento (10 %) del valor asignado a las acciones, cuotas, participaciones o derechos del respectivo accionista, socio o partícipe en la Fusión o Escisión, según el método de valoración adoptado para la misma. Las disposiciones contenidas en este literal d) no aplicarán a ventas forzadas, transferencias por causa de muerte, transferencias a título de Escisión o Fusión, que cumplan con los mismos requisitos establecidos en este artículo y transferencias a título de liquidación. (...)”.

- e. *“(...) Los accionistas, socios o partícipes a que se refieren los literales a) y b) anteriores, tendrán como costo fiscal respecto de las acciones, cuotas sociales o participaciones que reciban en la entidad adquirente respectiva, el mismo costo fiscal que tenían respecto de las acciones, cuotas sociales o participaciones en la entidad enajenante, sin que se entienda que existe solución de continuidad en la propiedad sobre la inversión ni que haya lugar a cambio alguno en cuanto a la naturaleza de la inversión como activo fijo o movable.(...)”.*

“(...) Las acciones, cuotas sociales, participaciones o derechos que cualquiera de los accionistas, socios o partícipes de cualquiera de las entidades enajenantes no tengan como contraprestación en la respectiva Fusión o Escisión, acciones, cuotas sociales, participaciones o derechos en la entidad adquirente, se entenderán enajenadas bajo las

reglas generales establecidas en este Estatuto y en otras leyes, y estarán sometidas a los impuestos aplicables. (...)”

Los literales transcritos anteriormente, correspondientes al numeral 5 del artículo 319-4 del Estatuto Tributario, nacen como respuesta a la necesidad planteada en la exposición de motivos Proyecto de Ley número 166 de Cámara y 134 del Senado, de 2012, en virtud del cual se expide la Ley 1607 de 2012, en dicho Proyecto de Ley se precisa cuando debería entenderse realizado el ingreso, en este tipo de operaciones.

Por lo anterior, la ley fue redactada con base en los supuestos de realización del ingreso en las operaciones de Fusión y Escisión establecidas en el Proyecto de Ley ibídem, incluyendo las condiciones especiales que los socios o accionistas aportantes resultantes de la Fusión o Escisión deben mantener para que la operación no sea considerada como una enajenación y, por lo tanto, no se entienda gravada. A continuación se expresa:

“(...) El ingreso se realiza, entonces,

- i. Para el socio o accionista, al momento de la enajenación de dichas acciones o cuotas, momento en el cual debe gravársele de acuerdo con las disposiciones generales aplicables en materia de enajenación de activos.*
- ii. Para la sociedad receptora del aporte a la enajenación de los activos aportados, momento en el cual debe gravársele de acuerdo con las disposiciones generales aplicables en materia de enajenación de activos.*

(...)”. (Senado y Cámara de Representantes de la República de Colombia, 2012).

Por lo tanto, es viable entender que, si no se cumple con los supuestos jurídicos establecidos en el artículo 319-4 del Estatuto Tributario, mencionados y explicados en la exposición de motivos Proyecto de Ley número 166 de Cámara y 134 del Senado, de 2012 (Senado y Cámara de Representantes de la República de Colombia, 2012), la operación de reorganización empresarial se entenderá que está gravada y por lo tanto deberá cumplir con todas las cargas tributarias que se le impongan a dicha operación.

Sin embargo, se debe cumplir con todos los requisitos estipulados en la ley, considerados como elementos esenciales de las reorganizaciones empresariales, para que la operación no esté sujeta a imposición en Colombia.

“(...) Par. 1. Para efectos tributarios se entenderá que se está frente a un proceso de Escisión cuando el patrimonio escindido de la(s) entidad(es) escidente(s) o enajenante(s) califique como una o más unidades de explotación económica o como uno o más establecimientos de comercio, y no como activos individualmente considerados o como contrapartida, para segregar cuentas patrimoniales, caso en el cual la respectiva Escisión tendrá el tratamiento aplicable a la enajenación de activos. (...)”.

Este párrafo establece que las Escisiones deben comprender la transferencia de una o más unidades de explotación económica, o la transferencia de uno o más establecimientos de comercio. Este proceso de reorganización no permite

la transferencia de activos individualmente considerados, ya que esta operación sí se entendería como una transferencia de activos de una sociedad a otra, la cual estaría sujeta a imposición en Colombia.

La operación antes descrita no encuadraría en el concepto de Fusión o Escisión, por lo que se estaría realizando un mal uso de estas figuras, abusando de las mismas, buscando principalmente sacar provecho la operación antes descrita, por lo que se estaría realizando un mal uso de estas figuras, buscando principalmente beneficiarse del tratamiento tributario que el ordenamiento jurídico trae para las Fusiones y Escisiones. Por lo tanto, si se transfieren activos individualmente considerados estos serán considerados como una enajenación, aplicando las reglas de enajenación de activos fijos, sujetas al pago de los respectivos impuestos.

“(...) Par. 2. Las disposiciones contenidas en este artículo se aplicarán a las Fusiones y Escisiones adquisitivas que involucren entidades nacionales y extranjeras siempre que, en el caso de la Fusión, la entidad absorbente o adquirente sea una entidad nacional, y que, en el caso de la Escisión, la(s) entidad(es) beneficiaria(s) o adquirente(s) sea(n) entidad(es) nacional(es)(...)”

ii. Fusión-Escisión reorganizativa

Las Fusiones y Escisiones reorganizativas se encuentran previstas en el artículo 319-5 del Estatuto Tributario, el cual establece que lo serán aquellas Fusiones en las cuales las

entidades participantes en la Fusión estén vinculadas²⁸ entre sí y las Escisiones en las cuales la entidad Escidente y las entidades beneficiarias, si existieren al momento de la Escisión, estén vinculadas entre sí. La norma establece:

(...) “Art. 319-5. Fusiones y Escisiones reorganizativas.

Se entiende por tales, aquellas Fusiones en las cuales las entidades participantes en la Fusión estén vinculadas entre sí y aquellas Escisiones en las que la entidad escidente y las entidades beneficiarias, si existieren al momento de la Escisión, estén vinculadas entre sí. También tendrán el carácter de Fusiones reorganizativas aquellas Fusiones por absorción entre una sociedad matriz y sus subordinadas. Así mismo, tendrán el carácter de reorganizativas las Escisiones por creación, siempre que el patrimonio de las sociedades beneficiarias, creadas en virtud de la Escisión, esté constituido

²⁸ Se considera que existe vinculación cuando un contribuyente se encuentra en cualquiera de los casos descritos en el artículo 260-1.

Además de los casos mencionados en este artículo, se mencionan algunos criterios de vinculación en el Decreto Reglamentario 3030 de 2013, el cual establece que existe vinculación cuando:

a. De conformidad con lo señalado en el numeral V del literal b del numeral 1° del artículo 260-1 del Estatuto Tributario, se considera que existe vinculación, cuando en dos o más entidades una persona natural o jurídica, o una entidad o esquema de naturaleza no societaria, aunque no se encuentre vinculada por capital, tenga derecho a percibir directa o indirectamente más del cincuenta por ciento (50%) de las utilidades de una sociedad.

b. De conformidad con lo señalado en el literal b del numeral 5 del artículo 260-1 del Estatuto Tributario, se considera que existe vinculación económica, cuando la operación tiene lugar entre dos subordinadas que pertenezcan directa o indirectamente en más del cincuenta por ciento (50%) a una misma persona natural o jurídica, o entidades o esquemas de naturaleza no societaria.

c. De conformidad con lo señalado en el literal g del numeral 5 del artículo 260-1 del Estatuto Tributario, se considera que existe vinculación económica cuando existan consorcios, uniones temporales, cuentas en participación, otras formas asociativas que no den origen a personas jurídicas y demás contratos de colaboración empresarial, cuando los mismos celebren operaciones con vinculados de uno o cualquiera de los miembros, en relación con el objeto del consorcio, unión temporal, cuentas en participación u otras formas asociativas, caso en el cual las obligaciones relativas al régimen de precios de transferencia deberán ser cumplidas por el miembro del consorcio, unión temporal, cuentas en participación u otras formas asociativas respecto de quien predique la vinculación.

exclusivamente por el patrimonio escindido existente al momento de la Escisión. Para efectos de la determinación de la existencia o no de vinculación, se acudirá a los criterios establecidos en el artículo 260-1 de este Estatuto. Así mismo, se consideran reorganizativas aquellas Escisiones por creación, cuando el patrimonio de la sociedad creada esté compuesto únicamente por el patrimonio escindido. (...).

En las consideraciones del Decreto Reglamentario 2688 del 23 de diciembre de 2014, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público establece que en las Fusiones y Escisiones reorganizativas existe vinculación entre las entidades/sociedades participantes en la reorganización empresarial. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2014).

La DIAN en Concepto número 080768 del diecisiete (17) de diciembre de 2013, reitera:

2. *“(...) Las Fusiones por absorción entre matrices y subordinadas tienen el carácter de ‘reorganizativas’ en razón de su vinculación. (...)”.* (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, 2013).

Así mismo, confirma que el criterio de vinculación es la principal característica de las Fusiones y Escisiones reorganizativas. A continuación se señala:

“(...) Sin perjuicio de la viabilidad jurídica de la operación prevea el ordenamiento legal mercantil, las reorganizaciones empresariales que impliquen Fusión por absorción de la sociedad matriz haga a su subordinada, en la cual absorbida es accionista mayoritaria, para efectos tributarios no se configurará enajenación, siempre y cuando se cumplan con los requisitos y

condiciones previstos en la ley, para considerar que corresponden a Fusiones por absorción con disolución de la absorbida sean vinculados entre sí.

En todo caso cuando no se configure los requisitos de continuidad en el control y en la actividad empresarial, que existían antes de la fusión, no es viable lograr el diferimiento del impuesto sobre la renta y complementario (sic) hasta el momento de la venta de los bienes o derechos adquiridos en virtud de la reorganización, pues en ausencia de dichas, la operación es considerada como una enajenación. (...)". (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, 2013).

1. Efectos derivados de una Fusión o Escisión reorganizativa

Los efectos en las Fusiones y Escisiones reorganizativas se encuentran consagrados en el artículo 319-6 del Estatuto Tributario así:

"(...) Art. 319-6. Efectos en las Fusiones y Escisiones reorganizativas entre entidades.

Las Fusiones y Escisiones reorganizativas tendrán los efectos que a continuación se señalan:

"(...) 1. No se entenderá que las entidades intervinientes en la respectiva Fusión o Escisión, sea como absorbidas o escidentes (es decir, como enajenantes) o como absorbentes resultantes de la Fusión o beneficiarias (es decir, como adquirentes), experimentan ingreso gravable alguno como

consecuencia de la transferencia de activos entre sí, ni se entenderá que dicha transferencia constituye enajenación para efectos fiscales. (...)”.

Este numeral está redactado exactamente igual al establecido en el numeral primero del artículo 319-4 del Estatuto Tributario, respecto de los efectos en las Fusiones y Escisiones adquisitivas, por lo cual lo comentado y argumentado anteriormente en ese numeral, aplicará también para el numeral actual. La diferencia estructural y principal entre uno y otro será el concerniente al criterio de vinculación que concibe las Fusiones y Escisiones reorganizativas.

Sin embargo, esto también lo aclara la DIAN en Concepto número 080768 del 17 de diciembre de 2013, en el cual reitera que los elementos necesarios para darle peso a la normatividad recientemente expedida de Fusiones y Escisiones, son:

2. *“(...) Las Fusiones reorganizativas, según las disposiciones tienen los siguientes efectos:*

A. *Respecto de las sociedades participantes en la Fusión reorganizativa:*

a. *No se entiende que las entidades intervinientes en la respectiva Fusión (absorbente y absorbida), obtengan ingreso gravable alguno como consecuencia de la transferencia de activos entre sí, ni se entenderá que dicha transferencia constituye enajenación para efectos fiscales.*

“(...) 2. Para la entidad adquirente el costo fiscal de los bienes transferidos será el mismo que tenga la enajenante respecto de tales bienes, de lo cual se dejará constancia en el documento que contenga el acto jurídico de Fusión o

Escisión. Para efectos de depreciación o amortización fiscal en cabeza de la entidad adquirente, no habrá lugar a extensiones o reducciones en la vida útil de los bienes transferidos, ni a modificaciones del costo fiscal base de depreciación o amortización. (...)”.

Este numeral está redactado exactamente igual al establecido en el numeral segundo del artículo 319-4 del Estatuto Tributario, respecto de los efectos en las Fusiones y Escisiones adquisitivas, por lo cual lo comentado y argumentado anteriormente en ese numeral, aplicará también para el numeral actual. La diferencia estructural y principal entre uno y otro será el concerniente al criterio de vinculación que concibe las Fusiones y Escisiones reorganizativas.

De igual forma la DIAN reitera nuevamente en Concepto número 080768 del 17 de diciembre de 2013, reitera que los elementos necesarios para darle peso a la normatividad recientemente expedida de Fusiones y Escisiones, son:

2. *“(...) Las Fusiones reorganizativas, según las disposiciones tienen los siguientes efectos:*

A. *Respecto de las sociedades participantes en la Fusión reorganizativa:*

Para la entidad adquirente o absorbente, el costo fiscal de los bienes transferidos será el mismo que tenga el enajenante o absorbida respecto de tales bienes;

“(…) 3. Los bienes transferidos conservarán para efectos fiscales en la entidad adquirente, la misma naturaleza de activos fijos o movibles que tengan para la entidad enajenante en el momento de la respectiva Fusión o Escisión. (…)”.

La DIAN en Concepto número 080768 del 17 de diciembre de 2013, reitera que los elementos necesarios para darle peso a la normatividad recientemente expedida de Fusiones y Escisiones, son:

A. 2. *“(…) Las Fusiones reorganizativas, según las disposiciones tienen los siguientes efectos: Respecto de las sociedades participantes en la Fusión reorganizativa:*

c) Los bienes transferidos conservarán para efectos fiscales en la entidad adquirente o absorbente, la misma naturaleza de activos fijos o movibles que tengan para la entidad enajenante o absorbida en el momento de la respectiva Fusión. (…)”.

El numeral anterior, estructura su lógica está dada en que los activos fijos o movibles que están sujetos a un proceso de reorganización tal como lo es una Fusión o Escisión reorganizativa, los cuales deben tener la misma naturaleza de activos fijos o movibles que estos tengan en la sociedad enajenante al momento de la respectiva Fusión o Escisión para evitar que la fusionante, absorbente o escidente cambie las vidas útiles de los mismos, así como también la destinación específica que se tenía de ellos, ya que el cambio de naturaleza de los activos fijos o movibles puede verse reflejado en modificaciones de vida útil generando variaciones en los montos de depreciación y amortización de los mismos.

Las Fusiones reorganizativas pueden involucrar entidades nacionales y extranjeras, siempre y cuando la entidad adquirente o absorbente sea una entidad nacional.

Como se puede evidenciar, la DIAN reitera en su doctrina las condiciones establecidas en la ley, para que esta pueda aplicar en procesos de reorganización empresarial, realizando casi una traducción literal de la norma, para finalizar concluyendo que los mismos deben cumplirse a cabalidad.

“(...) 4. Respecto de los accionistas, socios o partícipes en las entidades participantes, no se entenderá que existe enajenación de acciones, cuotas o participaciones, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (...)”.

“(...) a. que en el caso de la Fusión, los accionistas, socios o partícipes titulares de por lo menos el ochenta y cinco por ciento (85 %) de las acciones, cuotas, participaciones, derechos económicos y derechos políticos en cada una de las entidades fusionadas, participen luego de la Fusión en la entidad absorbente o resultante de la Fusión, con acciones, cuotas sociales, participaciones, derechos económicos y derechos políticos equivalentes en sustancia, a aquellos que tengan antes de la Fusión, aunque proporcionales a su participación en la entidad resultante de la Fusión.(...)”.

“(...) b. que en el caso de la Escisión, los accionistas, socios o partícipes titulares de por lo menos el ochenta y cinco por ciento (85 %) de las acciones, cuotas, participaciones, derechos económicos y derechos

políticos en la entidad escidente, participen luego de la Escisión en la enajenante misma o en una o más de las entidades beneficiarias, con acciones, cuotas sociales, participaciones, derechos económicos y derechos políticos equivalentes en sustancia a aquellos que tengan antes de la Escisión, aunque en proporción a su participación en la entidad enajenante o beneficiaria respectiva. (...)”.

Sobre los literales anteriores, la DIAN se pronunció en Concepto 070848 del 11 de noviembre de 2013, el cual determina que la norma en estudio respecto de la exigencia de mantener un porcentaje de participación accionaria o de cuotas en las sociedades y entidades intervinientes, lo que buscar lograr es mantener el control de la sociedad y no transferir los derechos y las obligaciones de la sociedad resultante del proceso de Fusión o Escisión a otros socios. Esta determina:

“(...) La exigencia en relación con la participación accionaria de los socios de la enajenante y su reflejo en la adquirida, lleva implícita —igualmente— la exigencia de que los mismos socios participen en la nueva entidad, en la proporción equivalente a su anterior participación. La finalidad de esta disposición es que, a través de esta operación, no se transfieran a socios o accionistas distintos de los que tenían esa condición, antes de la operación, y que los bienes y derechos transferidos sean tratados con el mismo costo fiscal y, en consecuencia, el mismo valor patrimonial en cabeza de sus titulares. (...)”. (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, 2013).

Así mismo, es preciso señalar que la DIAN en Concepto número 080768 del 17 de diciembre de 2013, aclara que a los accionistas, socios o partícipes en la Fusión o Escisión de entidades/sociedades vinculadas, deben cumplir los requisitos que estipula la ley que la operación no se considere como una enajenación, estableciendo que los socios, accionistas o partícipes del proceso de reorganización deben mantener en el porcentaje determinado por la ley de sus acciones, cuotas o participaciones y derechos económicos después de haberse realizado el proceso de reorganización empresarial, significando que se deben mantener los elementos esenciales de estas operaciones, los cuales son: la continuidad en el control y en la actividad empresarial.

Si no existen las condiciones anteriormente señaladas, genera como efecto que la operación sea considerada como una enajenación, siendo esta una operación gravada; igualmente, en virtud de la exposición de motivos Proyecto de Ley número 166 de la Cámara y 134 del Senado, de 2012, por el cual se expide la Ley 1607 de 2012. Al particular se establece:

“(...) Sin embargo, debe tenerse presente respecto de los accionistas, socios o partícipes en las entidades participantes en la Fusión reorganizativa (subordinadas y matrices), que se establecieron por la ley unos requisitos y condiciones que deben cumplirse, para que no se entienda que existe enajenación de acciones, cuotas o participaciones, dentro de las que se encuentra la dispuesta en el literal a) del numeral 4 del artículo 319-6 del Estatuto Tributario; esto es, que los accionistas, socios o partícipes titulares de por lo menos el ochenta y cinco por ciento (85 %) de las acciones, cuotas, participaciones, derechos económicos y derechos políticos, en cada una de las

entidades fusionadas (subordinada y matriz), participen luego de la Fusión en la entidad absorbente o resultante de la Fusión, con acciones, cuotas sociales, participaciones, derechos económicos y derechos políticos equivalentes en sustancia, a aquellos que tengan antes de la Fusión, aunque proporcionales a su participación en la entidad resultante de la Fusión.

*Significa lo anterior, que las sociedades matrices accionistas mayoritarias de sus subordinadas antes de la Fusión, al tener que transferir a estas todo su patrimonio y, por ende, su participación como accionistas, lo cual claramente lo señala la Superintendencia de Sociedades, a través del Oficio 220-048665 del 12 de abril de 2011, cuando expresa que "la Fusión supone una transmisión 'in universum ius' del patrimonio de todas las sociedades fusionadas, a favor de la nueva sociedad o de la absorbente. Al transmitir en bloque su patrimonio, las sociedades transmitentes se extinguen, y al extinguirse se opera **una sucesión universal a favor de la absorbente o de la nueva**. Los nexos obligacionales, los derechos reales, **los derechos sobre bienes inmateriales**, etc., se transmiten subsumidos en ese bloque patrimonial, que constituye una unidad jurídica. Pero esa unidad de derecho continúa siendo idéntica a sí misma, inalterada; únicamente ha cambiado su titular jurídico. **El poder de disposición ha pasado de una sociedad a otra, eso es todo**", se cumple con el requisito del literal a) del numeral 4 del artículo 319-6 del Estatuto Tributario, antes mencionado, en la medida en que la subordinada o absorbente efectivamente se convierte en beneficiaria de la participación accionaria*

mayoritaria de la sociedad matriz o absorbida. (Se resalta). (...)”. (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, 2013).

Finalmente, debe resaltarse que la ley aumenta el porcentaje exigido a los accionistas para que aplique el régimen excepcional de neutralidad, pasando del setenta y cinco por ciento (75%) requerido en las Fusiones o Escisiones adquisitivas, al ochenta y cinco por ciento (85%) en las Fusiones o Escisiones reorganizativas.

“(...) c. Que en los eventos previstos en los literales a) y b) anteriores, la participación o derechos que reciba el respectivo accionista, socio o partícipe en la entidad resultante de la Fusión o en la escidente o en la entidad beneficiaria o beneficiarias respectivas, constituya no menos del noventa y nueve por ciento (99%) de la contraprestación que reciba el respectivo accionista, socio o partícipe por sus acciones, cuotas, participaciones o derechos en la entidad absorbente o escidente sobre bases comerciales razonables, según las mismas, se reflejen en el método de valoración y en el mecanismo de intercambio adoptado para la respectiva Fusión o Escisión. (...)”.

Este numeral aumenta el requisito de las contraprestaciones que tienen que recibir los accionistas en este tipo de reorganizaciones, ya que pasa de ser un noventa por ciento (90%) en las Fusiones o Escisiones adquisitivas, a un noventa y nueve por ciento (99%) en las Fusiones y Escisiones reorganizativas, el cual deberá estar representado en acciones o cuotas de interés en la sociedad nueva.

“(...) d. Si los accionistas, socios o partícipes a que se refieren los literales a) y b) anteriores, enajenan o ceden a cualquier título las acciones, cuotas sociales, participaciones, derechos políticos o económicos, antes de que finalice el segundo año gravable siguiente al año gravable en el cual se perfeccione la respectiva Fusión o Escisión, deberán pagar por concepto de impuesto sobre la renta y complementarios, por el respectivo acto de enajenación o cesión, el que aplique al mismo acto de enajenación, adicionado en un treinta por ciento (30 %), sin que en ningún caso dicho impuesto de renta resulte inferior al diez por ciento (10 %) del valor asignado a las acciones, cuotas, participaciones o derechos del respectivo accionista, socio o partícipe en la Fusión o Escisión, según el método de valoración adoptado para la misma. Las disposiciones contenidas en este literal c) no aplicarán a ventas forzadas, transferencias por causa de muerte, transferencias a título de Escisión o Fusión, que cumplan con los mismos requisitos establecidos en este artículo y transferencias a título de liquidación. (...)”.

“(...) e. Los accionistas, socios o partícipes a que se refieren los literales a) y b) anteriores, tendrán como costo fiscal respecto de las acciones, cuotas sociales o participaciones que reciban en la entidad adquirente respectiva, el mismo costo fiscal que tenían respecto de las acciones, cuotas sociales o participaciones en la entidad enajenante, sin que se entienda que existe solución de continuidad en la propiedad sobre la inversión, ni que haya lugar a

cambio alguno en cuanto a la naturaleza de la inversión como activo fijo o movable.(...)”.

“(...) f. Si como contraprestación por todas o parte de las acciones, cuotas sociales, participaciones o derechos que cualquiera de los accionistas, socios o partícipes de cualquiera de las entidades enajenantes, estos recibieran dinero u otras especies distintas de acciones, cuotas sociales, participaciones o derechos en la entidad adquirente, la totalidad de las acciones, cuotas sociales, participaciones o derechos que tengan en el momento de la Fusión o Escisión en la entidad enajenante, se entenderán enajenadas bajo las reglas generales establecidas en este Estatuto y en otras leyes, y estarán sometidas a los impuestos aplicables.(...)”.

La DIAN, en Concepto número 080768 del 17 de diciembre de 2013, reitera los efectos de las Fusiones o Escisiones reorganizativas, tal como lo expone la ley expedida de Fusiones y Escisiones. (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, 2013). Dando a entender que son estos los requisitos que se deben contemplar y cumplir a cabalidad, para que procedan dichas operaciones y sean tratadas por el ordenamiento jurídico-tributario colombiano, como reorganizaciones empresariales en Colombia.

“(...) Par 1. Para efectos tributarios se entenderá que se está frente a un proceso de Escisión cuando el patrimonio escindido de la(s) entidad(es) escidente(s) o enajenante(s) califique como una o más unidades de explotación económica o como uno o más establecimientos de comercio, y no

como activos individualmente considerados o como contrapartida para segregar cuentas patrimoniales, caso en el cual la respectiva Escisión tendrá el tratamiento aplicable a la enajenación de activos. (...)”.

“(...) Par 2. Las disposiciones contenidas en este artículo se aplicarán a las Fusiones y Escisiones reorganizativas que involucren entidades nacionales y extranjeras siempre que, en el caso de la Fusión, la entidad absorbente o adquirente sea una entidad nacional, y que, en el caso de la Escisión, la(s) entidad(es) beneficiaria(s) o adquirente(s) sea(n) entidad(es) nacional(es). (...)”.

De lo expresado anteriormente y de las disposiciones citadas, se observa que con la nueva regulación lo que se pretende es que bajo las Fusiones y Escisiones en la que no se cumpla con las exigencias tanto de participación, titularidad y activos, y haya cambio en estos en proporción distinta a la permitida, tendrá las incidencias tributarias señaladas en las normas especiales estipuladas para tales casos, para cuando se entienda que existe enajenación o transferencia de la participación o titularidad de los activos. (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, 2013).

Finalmente, se puede notar que las Fusiones y Escisiones reorganizativas básicamente tienen las mismas condiciones y efectos que las adquisitivas; sin embargo, contienen algunas diferencias especialmente respecto de las condiciones que deben mantener los accionistas y socios, para que la operación realizada se entienda como Fusión o Escisión

bajo la normatividad colombiana, así como la importancia que en unas se realiza entre entidades vinculadas y en las otras no.

Es así que la DIAN concluye que las Fusiones o Escisiones, ya sean adquisitivas o reorganizativas, que no cumplan con las condiciones y los requisitos señalados, constituyen enajenación para efectos tributarios y están gravadas con el impuesto sobre la renta y complementarios, de acuerdo con las normas aplicables a la enajenación de activos fijos establecidos en el artículo 319-8 del Estatuto Tributario.

De igual forma se concluye que, según lo expresado por el doctor Mauricio Piñeros Perdomo en las Jornadas de Derecho Tributario del Instituto Colombiano de Derecho Tributario número treinta y nueve (39), para que las entidades intervinientes en la reorganización empresarial (adquisitiva o reorganizativa) puedan entrar al supuesto normativo del principio de neutralidad fiscal, estas deben mantener inalterada la situación fiscal de la sociedad, entendiéndose por esta que la naturaleza de los activos, el costo fiscal, las amortizaciones y las depreciaciones de los bienes transferidos deben ser los mismos que tenían antes de la reorganización; así mismo, para el caso de las Fusiones o Escisiones adquisitivas los activos de la sociedad resultante deben mantenerse por un término de dos años, contados a partir del perfeccionamiento del acuerdo de Fusión o Escisión, esto con el fin de asegurar la permanencia de estos en la sociedad resultante, sin embargo esta limitación no fue establecido para las Fusiones y Escisiones reorganizativas.

El término de los dos años en el régimen tributario de las Fusiones y Escisiones reorganizativas, aplican para los accionistas, socios o partícipes los cuales no podrán

enajenar las acciones, cuotas sociales o participaciones, derechos políticos o económicos durante los dos años siguientes a partir del perfeccionamiento del acuerdo de Fusión o Escisión; limitando el ejercicio del derecho de los accionistas de enajenar o realizar actos de disposición de las acciones de las entidades intervinientes. A fin de que se aplique la neutralidad fiscal.

También se les impone a los accionistas, socios o partícipes de las entidades intervinientes en un proceso de reorganización empresarial, mantener una participación mínima en la entidad resultante, participación que variará respecto de qué tipo de reorganización se esté realizando.

Igualmente se debe mantener inalterada la situación fiscal al determinar que las acciones derivadas del proceso de reorganización tendrán el mismo costo fiscal que se tenía antes de la Fusión o Escisión, la existencia de correspondencia accionaria frente a lo que se tenía antes de la reorganización y lo que al final queda en la nueva sociedad; es decir, debe existir una relación de intercambio de acciones, sin posibilidad que sean otros tipos de activos. (Mauricio Piñeros Perdomo - Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2010).

b. Fusiones y Escisiones gravadas

Los artículos 319-4 numeral primero, 319-6 numeral primero y 319-7 del Estatuto Tributario establecen el régimen excepcional de neutralidad fiscal predicable a las reorganizaciones empresariales.

Expresando en la redacción que todas aquellas reorganizaciones que no cumplan con los requisitos legales para que una operación sea considerada fiscalmente como una Fusión o

una Escisión, se entenderán que gravadas y se considerará enajenación, trayendo consigo todos sus efectos en materia tributaria. Es decir, que se generaría todos los impuestos y obligaciones de cara a la Administración que den lugar este tipo de operaciones. A continuación se cita la norma:

“Artículo 319-4. Efectos en las fusiones y escisiones adquisitivas. Las fusiones y escisiones adquisitivas tendrán los efectos que a continuación se señalan:

- 1. No se entenderá que las entidades intervinientes en la respectiva fusión o escisión, ya sea que intervengan como absorbidas o escindentes (es decir, como enajenantes), o como absorbentes resultantes de la fusión o beneficiarias (es decir, como adquirentes), experimentan ingreso gravable alguno como consecuencia de la transferencia de activos entre sí, ni se entenderá que dicha transferencia constituye enajenación para efectos fiscales. (...)*”

“Artículo 319-6. Efectos en las fusiones y escisiones reorganizativas entre entidades. Las Fusiones y Escisiones Reorganizativas tendrán los efectos que a continuación se señalan:

- 1. No se entenderá que las entidades intervinientes en la respectiva fusión o escisión, sea como absorbidas o escindentes (es decir, como enajenantes) o como absorbentes resultantes de la fusión o beneficiarias (es decir, como adquirentes), experimentan ingreso gravable alguno como*

consecuencia de la transferencia de activos entre sí, ni se entenderá que dicha transferencia constituye enajenación para efectos fiscales. (...)”

“(...) Art. 319-7. Fusiones y Escisiones gravadas. Las Fusiones y Escisiones, ya sean adquisitivas o reorganizativas, que no cumplan con las condiciones y requisitos consagrados en los artículos anteriores, constituyen enajenación para efectos tributarios y están gravadas con el impuesto sobre la renta y complementarios, de acuerdo con las disposiciones aplicables en materia de enajenación de activos fijos consagradas en este Estatuto. (...)”.

c. Debe tenerse en cuenta que la regla de aplicación de enajenación, es la regla de enajenación de activos fijos, no la regla general de enajenación de activos, lo anterior generaría dificultades al momento de la valoración de los activos, ya que no todos los activos transferidos en un proceso de Fusión o Escisión tienen la calidad de activos fijos, debe tenerse en cuenta que también existen activos movibles.

d. *Fusiones y Escisiones entre entidades extranjeras*

Se estipula esta norma dentro de los procesos de reorganización empresarial entendiendo que la simple transferencia de activos ubicados en el territorio nacional a entidades o sociedades en el exterior que estén realizando procesos de Fusión o Escisión implica una enajenación, y por lo tanto estará sujeta al impuesto correspondiente. La valoración de la enajenación reitera que debe realizarse conforme las normas estipuladas para la enajenación de activos fijos, siendo este punto problemático ya que no toda transferencia de activos

implica que sea un activo fijo. Así mismo se estipuló en la exposición de motivos Proyecto de Ley número 166 de Cámara y 134 del Senado, de 2012, por el cual se expide la Ley 1607 de 2012, que las operaciones de reestructuración empresarial realizadas entre entidades extranjeras implica que la transferencia de activos ubicados en Colombia hacia el exterior, es considerada como una enajenación para efectos fiscales y estará gravada con el impuesto sobre la renta y complementarios, bajo las normas de la enajenación de activos fijos. Sobre el particular, la norma establece:

“Art. 319-8. Fusiones y Escisiones entre entidades extranjeras. Se entenderá que la transferencia de activos ubicados en el país, producto de procesos de Fusión o Escisión, en los que intervengan como enajenantes y adquirentes entidades extranjeras que posean activos ubicados en el territorio nacional, constituye una enajenación para efectos tributarios y está gravada con el impuesto sobre la renta y complementarios, de acuerdo con las disposiciones aplicables en materia de enajenación de activos fijos consagradas en este Estatuto.

Parágrafo. Se exceptúan del tratamiento consagrado en el inciso anterior, las transferencias de activos ubicados en el país, producto de procesos de Fusión o Escisión, en los que intervengan como enajenantes y adquirentes entidades extranjeras, cuando el valor de los activos ubicados en Colombia no represente más del veinte por ciento (20%) del valor de la totalidad de los activos poseídos por el grupo al que pertenezcan las entidades intervinientes en los procesos de Fusión o de Escisión, según los estados financieros consolidados de la entidad que tenga la condición de matriz de las entidades intervinientes en los procesos de Fusión o de

Escisión. Las transferencias de los activos ubicados en Colombia, a los que se refiere este párrafo, recibirán el mismo tratamiento de las Fusiones y Escisiones adquisitivas o de las Fusiones y Escisiones reorganizativas, según sea el caso”.

Lo anterior genera que la sociedad enajenante pague impuestos en Colombia sobre la diferencia entre el costo fiscal del activo que está en el país y el valor por el cual se realizó la transferencia del activo.

La razón por la cual se establece esta norma, puede entenderse a la luz de que el proceso de Fusión o la Escisión realizado con la normatividad anterior, los activos dejarían de estar sujetos a tributación en Colombia.

La DIAN, en Concepto número 010454 del 3 de mayo de 2016, reitera lo anteriormente explicado:

“(…)Es decir, que en principio la transferencia de activos ubicados en el país, producto de procesos de Fusión y/o Escisión en los que intervengan como enajenantes y adquirentes entidades extranjeras que posean activos ubicados en el territorio nacional, constituye una enajenación para efectos tributarios y está gravada con el impuesto sobre la renta y complementarios, de acuerdo con las normas aplicables a la enajenación de activos fijos que regula el Estatuto Tributario, salvo que se den los presupuestos consagrados en el párrafo del artículo 319-8 del Estatuto Tributario, en cuyo caso no se consideraría que existe enajenación gravada para efectos tributarios. (...)”. (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, 2016).

Así mismo, en Concepto número 25592 del 2 de septiembre de 2015, la DIAN determina que constituye enajenación para efectos tributarios, la transferencia en bloque del patrimonio de una sociedad colombiana a una sociedad extranjera producto de una Fusión internacional. (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, 2015).

Cosa diferente es cuando una sociedad colombiana actúa como absorbente o beneficiaria en un proceso de Fusión o Escisión, dicha operación se sujetará a las mismas normas y reglas establecidas para las Fusiones y Escisiones entre sociedades colombianas, generando como consecuencia tributaria que si se cumplen con los requisitos legales establecidos dicha operación no se entenderá gravada. Este supuesto está regulado en el parágrafo segundo de los artículo 319-4 y 319-6, los cuales establecen:

“Artículo 319-4. Efectos en las fusiones y escisiones adquisitivas. Las fusiones y escisiones adquisitivas tendrán los efectos que a continuación se señalan:

Parágrafo 2o. Las disposiciones contenidas en este artículo se aplicarán a las fusiones y escisiones adquisitivas que involucren entidades nacionales y extranjeras siempre que, en el caso de la fusión, la entidad absorbente o adquirente sea una entidad nacional, y que, en el caso de la escisión, la(s) entidad(es) beneficiaria(s) o adquirente(s) sea(n) entidad(es) nacional(es).”

“Artículo 319-6. Efectos en las fusiones y escisiones reorganizativas entre entidades. Las fusiones y escisiones reorganizativas tendrán los efectos que a continuación se señalan:

Parágrafo 2o. Las disposiciones contenidas en este artículo se aplicarán a las fusiones y escisiones reorganizativas que involucren entidades nacionales y extranjeras siempre que, en el caso de la fusión, la entidad absorbente o adquirente

sea una entidad nacional, y que, en el caso de la escisión, la(s) entidad(es) beneficiaria(s) o adquirente(s) sea(n) entidad(es) nacional(es).”

Por otro lado, debemos hacer referencia al párrafo del artículo 319-8 mencionado *ibídem*, el cual establece que no se consideran enajenaciones aquellas operaciones de Fusión o Escisión en los que intervengan como enajenantes y adquirentes entidades extranjeras, cuando el valor de los activos ubicados en Colombia no represente más del veinte por ciento (20%) del valor de la totalidad de los activos poseídos por el grupo al que pertenezcan las entidades intervinientes en los procesos de Fusión o de Escisión, esta norma estipula de forma excepcional un régimen de neutralidad en las operaciones que encuadren dentro del supuesto jurídico de este párrafo, ya que la regla general es considerar las operaciones realizadas por entidades extranjeras enajenaciones y por lo tanto gravadas con impuestos.

De este párrafo se han generado varias dudas dentro de las que se encuentra como medir ese veinte por ciento (20%) para aplicar al criterio establecido en esta norma, así como también determinar qué tipo de activos hacen parte de la valoración de este veinte por ciento (20%), pues bien, nuestra Administración de impuestos se ha pronunciado varias veces sobre el tema. Dentro de sus pronunciamientos nos encontramos con los siguientes:

En Oficio 006146 del veintiséis (26) de febrero de 2015, la DIAN reitera lo establecido en el párrafo del artículo 319-8 del Estatuto Tributario, sin complementar o aclarar algo adicional sobre el tratamiento y valoración de dicho porcentaje, sobre el particular esta señala: *“la transferencia de activos ubicados en el país producto del proceso de fusión consultado, activos cuyo valor representan más del 20% del valor de la totalidad de los activos poseídos por el grupo al que pertenecen las entidades intervinientes en el proceso*

de fusión según lo informado, constituye una enajenación para efectos tributarios y está gravada con el impuesto sobre la renta y complementarios. (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, 2015)

La DIAN en Concepto 007101 del treinta y uno (31) de marzo de 2016, determina que la regla excepcional estipulada en el párrafo del artículo 319-8 del Estatuto Tributario “*es relativa al porcentaje de activos que sean objeto de la transacción “Fusión o Escisión”, que corresponde al veinte por ciento (20%) de los activos poseídos por el grupo en Colombia*” (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, 2016)

“Ahora bien, en relación con el cálculo del 20% de los activos que se deben tener en cuenta para saber si se encuentra dentro de la regla general o dentro de la excepción, se debe tener en cuenta que la norma establece de manera clara que, es el valor de todos los activos que se encuentren ubicados en Colombia y no solo sobre aquellos que sean objeto de la transacción, en relación con el 100% de los activos de todo el grupo a nivel mundial.

De acuerdo a lo anterior, la Administración interpreta la norma y determina que el cálculo del veinte por ciento (20%) para considerar si la operación de Fusión o Escisión es gravada o no, será el resultado de tomar la totalidad de los activos poseídos en Colombia por el grupo y a esa sumatoria sacarle el porcentaje determinado, si el porcentaje es menor o igual al que establece la norma la operación de Fusión o Escisión no se considerará gravada para efectos tributarios.

Igualmente, la Administración se volvió a pronunciar en el Concepto 010454 del veintinueve (29) de abril de 2016, en el cual trata el tema de estudio, la DIAN establece: *“que en principio la transferencia de activos ubicados en el país, producto de procesos de fusión y/o escisión en los que intervengan como enajenantes y adquirentes entidades*

extranjeras que posean activos ubicados en el territorio nacional, constituye una enajenación para efectos tributarios y está gravada con el impuesto sobre la renta y complementarios de acuerdo con las normas aplicables a la enajenación de activos fijos que regula el Estatuto Tributario, salvo que se den los presupuestos consagrados en el párrafo del artículo 319-8 del Estatuto Tributario, en cuyo caso, no se consideraría que existe enajenación gravada para efectos tributarios. (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, 2016)

Así mismo, la DIAN reitera su posición en el Oficio 2242 del veintitrés (23) de febrero de 2017 como respuesta a la reconsideración del Oficio 006146 del veintiséis (26) de febrero de 2015 y el Oficio 007101 del 31 de marzo de 2016, entendiéndose por parte de los consultantes que el contenido del artículo 319-8 del Estatuto Tributario “*debe analizarse a la luz de lo que persigue: por un lado, permitir que los contribuyentes que legítimamente buscan adaptar la estructura formal de sus negocios para optimizar procesos sin desprenderse de su patrimonio; por otro lado, evitar la fuga de activos y capitales sin que se paguen impuestos en Colombia*”. (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, 2017)

Al respecto, igualmente señala uno de los consultantes que “*la interpretación hecha por la DIAN en los conceptos respecto de los cuales se solicita la aclaración evidentemente es una interpretación estrictamente literal o exegética de la norma pues llega a la conclusión que, siempre que una compañía extranjera o un grupo de compañías extranjeras tengan activos en Colombia que representen más del 20% del total de sus activos, cualquier operación de fusión o escisión que realicen en el exterior, en virtud de la cual se transfieran activos ubicados en Colombia, sin importar la materialidad o monto de los activos transferidos, está sujeta a impuesto de renta en Colombia*”.

Sin embargo, para la DIAN los argumentos anteriormente expuestos no son válidos, ya que la redacción del párrafo es clara al determinar que se exceptuaran del tratamiento previsto en el artículo en discusión cuando el valor de los activos ubicados en Colombia no represente más del veinte por ciento (20%) del valor de la totalidad de los activos poseídos por el grupo. A continuación las consideraciones de la DIAN:

“Sobre el particular, considera este Despacho que, contrario a lo planteado por los peticionarios, la redacción del párrafo del artículo 319-8 del Estatuto Tributario es clara al señalar que se exceptúan del tratamiento previsto en la norma en comento “las transferencias de activos ubicados en el país, producto de procesos de fusión o escisión, en los que intervengan como enajenantes y adquirentes entidades extranjeras, cuando el valor de los activos ubicados en Colombia no represente más del veinte por ciento (20%) del valor de la totalidad de los activos poseídos por el grupo al que pertenezcan las entidades intervinientes en los procesos de fusión o de escisión, según los estados financieros consolidados de la entidad que tenga la condición de matriz de las entidades intervinientes en los procesos de fusión o de escisión.”

Redacción, entonces, de la que se concluye que, para efectos de determinar si la transferencia de activos ubicados en el país – en las condiciones previamente planteadas – constituye o no una enajenación para efectos tributarios, se debe tener en cuenta el valor que representa el conjunto de activos ubicados en Colombia respecto de la totalidad de los activos poseídos por el grupo empresarial; conjunto integrado tanto por aquellos activos que participan en la operación de fusión o escisión como aquellos que no, en la medida que el legislador no efectuó distinción alguna en torno a los mismos.”

Lo anterior la DIAN, lo responde partiendo de la base de lo consagrado en el Proyecto de

Ley 166 de 2012 (Por el cual se promulga la Ley 1607 de 2012), el cual establece que los efectos fiscales para la transferencia de activos al exterior debe ser tratarse dichas operaciones como enajenaciones que estarán gravadas con impuesto, por la gran dificultad que se ha tenido para fiscalizar dichas operaciones cuando porque se realizan por fuera del jurisdicción colombiana generando fuga de activos y capitales sin pagar impuesto en Colombia.

e. Responsabilidad solidaria en casos de Fusión y Escisión

Es importante, de igual manera, establecer que el artículo 319-9 del Estatuto Tributario, determina un régimen de responsabilidad solidaria²⁹ en los tributos, sanciones, intereses de mora, anticipos, retenciones, contingencias y demás obligaciones tributarias, a cargo de las entidades participantes en la Fusión, y en el caso de las Escisiones las entidades beneficiarias serán solidariamente responsables con la escidente, por la totalidad de los tributos, sanciones, intereses de mora, anticipos, retenciones, contingencias y demás obligaciones tributarias, a cargo de la entidad escidente en el momento en que la Escisión se perfeccione.

Es por esta razón que ahora se incluye también la responsabilidad solidaria, para el caso de las Fusiones y no solamente en el de las Escisiones, como lo traía la normatividad anterior.

Se cita la norma:

“Art. 319-9. Responsabilidad solidaria en casos de Fusión y Escisión. En todos los casos de Fusión, las entidades participantes en la misma, incluyendo las resultantes

²⁹ Es aquella en la cual concurren varios acreedores o varios deudores, o simultáneamente, de manera que cada acreedor puede pedir el cumplimiento de la prestación de una obligación y el deudor debe cumplir en su totalidad e íntegramente con las prestaciones objeto de la obligación.

de dichos procesos, si no existieren previamente a la respectiva operación, serán responsables solidaria e ilimitadamente entre sí, por la totalidad de los tributos a cargo de las entidades participantes en la Fusión, en el momento en que la misma se perfeccione, incluyendo los intereses, sanciones, anticipos, retenciones, contingencias y demás obligaciones tributarias.

En todos los casos de Escisión, las entidades beneficiarias serán solidariamente responsables con la escidente, por la totalidad de los tributos a cargo de la entidad escidente, en el momento en que la Escisión se perfeccione, incluyendo los intereses, sanciones, anticipos, retenciones, contingencias y demás obligaciones tributarias”.

Si bien con la expedición de esta ley se quiso unificar las reglas de la solidaridad en los casos de Fusión y la Escisión, consideramos que la regla de solidaridad para la Fusión es innecesaria, ya que como bien hemos explicado en apartes anteriores, la sociedad Fusionante, Escidente, o absorbente es quien se vuelve responsable de todas las obligaciones y derechos de la sociedad fusionada o escindida y esta se extingue sin liquidarse.

4. Decisión 599 de la CAN

La Comunidad Andina de Naciones (CAN) es un organismo internacional regional³⁰. Colombia es un país miembro, por lo que las decisiones que sean establecidas en el ámbito de la CAN, serán vinculantes para Colombia. El objetivo de este organismo consiste en alcanzar un desarrollo mancomunado de la región, mediante la integración, redacción de

³⁰ La Comunidad Andina de Naciones tiene tres tipos de países vinculados: países miembros (Colombia, Bolivia, Perú y Ecuador), países asociados (Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay y Argentina) y un país observador (España).

conceptos que involucren y vinculen a los países miembros, a través de directrices conjuntas que lleven a la consecución de dichos objetivos.

En la Decisión 599, en virtud de una reunión de los ministros de Hacienda y Economía de los países miembros y asociados, se redactó un documento concerniente a factores tributarios, profiriendo disposiciones que resultaran favorables para la redacción y creación de normas internas de cada país.

El artículo 6 de la Decisión 599 se refiere a las reorganizaciones empresariales de la siguiente forma:

“La imposición tipo valor agregado no se generará con motivo de la Fusión, absorción, Escisión o transformación de sociedades y demás formas de reorganización empresarial”.

Por su parte, el artículo 7 señala:

“Venta o transferencia de negocios, sucesiones, cesión o transferencia de títulos valores y aportes de bienes a entidades económicas.

Los impuestos tipo valor agregado no se generarán:

- a) En la venta o transferencia total de negocios;*
- b) En la transferencia de bienes por vía sucesoria;*
- c) Cesión o cualquier tipo de transferencia de acciones, participaciones o títulos valores;*
- d) Aportes de bienes a sociedades en constitución, por parte de personas no sujetas al impuesto; y,*

e) Aportes temporales de bienes a consorcios, “Join ventures” y demás figuras empresariales o entidades económicas similares y su reingreso a las entidades aportantes”.

Disposición Transitoria. - No obstante lo señalado en el párrafo anterior, los Países Miembros que a la fecha de entrada en vigencia de esta Decisión graven algunas de las operaciones previstas en este artículo, podrán continuar haciéndolo.

La Decisión 599 de 2000, como norma supranacional, promueve beneficios y alivios tributarios para las acciones de reorganización empresarial, acciones que no implican una enajenación de bienes o activos en bloque, por lo que deberían aplicarse beneficios tributarios, como lo es la exoneración del pago del impuesto a las ventas (IVA). Es preciso acotar que, las decisiones de la Comisión de la Comunidad obligan a los estados miembros a partir de su decisión³¹

Continuando con el análisis de esta decisión de la CAN, es menester integrar en la discusión a la Ley 1607 de 2012, disposición normativa que derogó el artículo 14-1 del Estatuto Tributario.

El Estatuto Tributario, previo a la reforma del 2012, no profundizaba en los fenómenos de Fusión y Escisión. De manera que, consolidaba los efectos de la Fusión y la Escisión bajo un único análisis: *“Las operaciones de Fusiones y Escisiones no se consideran enajenación bajo ninguna circunstancia”*, en razón a esto no estaban gravadas con el impuesto a las ventas, así hubiese un traspaso de activos de un titular a otro.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 1999.

La Ley 1607 de 2012, profundizó en la regulación de las Fusiones y Escisiones, tal y como se evidenció previamente. Si bien dicho cambio de reglamentación permitió una mayor claridad respecto de estos fenómenos. El estado Colombiano en aras de cumplir con lo señalado en la Decisión 599 de la CAN permite la exclusión del IVA para operaciones de Fusión y Escisión que cumplan con aquellas condiciones y requisitos, determinados en la Ley 1607 de 2012. En virtud de lo anterior, si bien se concede determinado alivio, señalado en la Decisión 599 de 2000, la exclusión del IVA no se aplica de manera indeterminada a los procesos de Fusión y Escisión, sólo es procedente con ocasión a aquellas Fusiones y Escisiones que cumplan además determinados requisitos, los cuales no son considerados por la Decisión 599 de 2000.

5. Ley 1819 de 2016

La Ley 1819 de 2016 es una reforma tributaria más para la colección de reformas del Estado colombiano, la cual busca generar un sistema tributario más equitativo, eficiente y sencillo, incrementando los controles por parte de la Administración a la población contribuyente de impuestos en el país. Igualmente incrementó los mecanismos contra la evasión, normas sobre procedimiento tributario y normas sobre la administración tributaria, entendida como el órgano que controla, supervisa y vigila el recaudo y el cumplimiento de las obligaciones tributarias en cabeza de los contribuyentes.

La comisión de expertos señaló en el informe final presentado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que “(...) *Un régimen Tributario exitoso se caracteriza por generar los recursos necesarios para financiar los programas de Gobierno, por ser equitativo horizontal y verticalmente eficiente, desde el punto de vista económico y administrativo*

(...)”. (Comisión de Expertos para la Equidad y la Competitividad Tributaria, 2015), asunto que no pasa en Colombia.

Por lo cual el objetivo de esta norma es:

1. Aumentar el nivel de recaudo de los impuestos, ampliando la base gravable de los impuestos, incrementando el número de contribuyentes obligados a cumplir con este compromiso.
2. Generar mayor equidad horizontal para aplicar la norma constitucional de tratar a igual entre iguales y desigual entre desiguales.
3. Evitar aumento de evasión, elusión y contrabando, aumentando controles y generando mayor confianza tributaria.

Por otro lado, respecto al tema abordado en este documento, la Ley 1819 de 2016 no modifica el régimen tributario de Fusiones y Escisiones, dejando vigente las normas de la Ley 1607 de 2012 estipuladas anteriormente.

Por lo tanto, si bien la Ley 1819 de 2016 modificó varios aspectos del régimen tributario colombiano, para el objeto del presente estudio no varió el tratamiento de las reorganizaciones empresariales.

2. DECRETOS

1. Decreto 852 de 2006

Reglamentó parcialmente los efectos tributarios de la Fusión, Escisión, cesión de activos, pasivos y contratos.

Respecto de las Fusiones se reglamentó el artículo 14-1 del Estatuto Tributario, y de las Escisiones el artículo 14-2 ibídem, de la manera que se plasma a continuación:

“Art. 1. Fusión de sociedades. A partir del momento en que se formalice el acuerdo de Fusión, la sociedad absorbente o la nueva que surge de la Fusión, adquirirá los derechos de carácter tributario de la sociedad o sociedades absorbidas”.

“Artículo 2. Escisión de sociedades. Para efectos tributarios, en el caso de Escisión, con o sin disolución de la sociedad escindida, a partir de la inscripción en el registro mercantil de la escritura de Escisión, la sociedad o sociedades beneficiarias, adquirirán los bienes, derechos y obligaciones que les correspondan en el acuerdo de Escisión, de conformidad con la parte patrimonial que se les hubiere transferido”.

“Art. 4. Para efectos de la aplicación de las condiciones propias de los contratos de estabilidad tributaria, cuya procedencia se reconoce solamente con ocasión de la realización de los procesos de Fusión, Escisión o cesión de activos, pasivos y contratos, de que tratan los artículos 1,2 y 3 del presente Decreto, las sociedades titulares de derechos y obligaciones relativas a contratos de Estabilidad Tributaria, se sujetarán a las siguientes reglas:

a) Las sociedades titulares de los derechos y obligaciones relacionados con contratos de estabilidad tributaria que proyecten realizar Fusiones, Escisiones, cesiones de activos, pasivos y contratos, para efectos de la aplicación futura de las condiciones propias del respectivo contrato de estabilidad tributaria, deberán contar con la autorización previa del director de Impuestos y Aduanas Nacionales o su delegado, quien deberá expresar su rechazo o aceptación a más tardar dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de radicación de la respectiva solicitud.

b) Las sociedades involucradas en procesos de Fusión, Escisión o cesión de activos, pasivos y contratos, deberán tener el mismo objeto social y desarrollar las mismas

actividades, los cuales deben corresponder a los que tenía la sociedad en el momento de la suscripción del contrato de estabilidad tributaria.

c) La transferencia de los derechos provenientes del contrato de estabilidad tributaria deberá realizarse en forma total e irrevocable. En el caso de la Escisión, el acuerdo respectivo deberá señalar la entidad que adquirirá los derechos y obligaciones derivados del contrato de estabilidad tributaria que correspondía a la sociedad escindida”. (...).

El Decreto 852 de 2006 se expidió con el fin de regular los efectos que se desprenden de operaciones de Fusión y Escisión, cuando en el proceso participa una persona jurídica que ha suscrito un contrato de estabilidad tributaria. Los contratos de estabilidad tributaria tienen el objeto de mantener las tarifas a los impuestos del orden nacional, durante la vigencia del contrato, en caso de que se decrete un incremento general. Los efectos tributarios atribuidos a los procesos de Escisión y Fusión, mediante el Decreto de la referencia fueron precarios e insuficientes. En cuanto a la Fusión, el artículo 1 del Decreto tan solo hace referencia a la adquisición de derechos de carácter tributario, debido a la transferencia patrimonial en bloque que se realiza a la Sociedad Absorbente o creada, dejando de lado demás efectos como el traslado de obligaciones tributarias.

La norma establece que, no solo el Acuerdo en el que se traslada de un titular a otro el contrato de estabilidad tributaria es suficiente, impone una carga adicional sobre el interesado y es la solicitud de ese traslado de titularidad ante la DIAN, autoridad tributaria que tiene la potestad de aceptar o negar ese traspaso, el cual solo procederá cuando el objeto social que desarrolla o desarrollaba el titular del contrato de estabilidad tributaria, sea el mismo que desarrolla o desarrollará la sociedad al que se le atribuya el mismo.

Igualmente, se establece que no podrán asignarse los contratos de estabilidad tributaria., deben, asignarse de manera total y expresa, indicando cuál sociedad será la titular de dicho contrato.

3. JURISPRUDENCIA

1. Sentencia C-222 de 1995

Sentencia C-222 de 1995 de la Corte Constitucional de Colombia, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Impuesto de renta en un proceso de Fusión.

La Corte Constitucional, en ejercicio de sus funciones, analizó la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de algunos artículos del Estatuto Tributario, entre otros, el artículo 51.

El accionante alegó vulneración del derecho a la igualdad, por no tratar de la misma manera a los contribuyentes, en cuanto al impuesto a la renta.

El artículo 51 del Estatuto Tributario dispone lo siguiente:

“Cuando una sociedad de responsabilidad limitada o asimilada haga distribución en dinero o en especie a sus respectivos socios, comuneros o asociados, con motivo de su liquidación o Fusión, no constituye renta la distribución, hasta por el monto del capital aportado o invertido por el socio, comunero o asociado, más la parte alícuota que a este corresponda en las utilidades no distribuidas en años o periodos gravables anteriores al de su liquidación, siempre y cuando se mantengan dentro de los parámetros de los artículos 48 y 49”.

Lo anterior señala que aquellos haberes que se repartan con ocasión de un proceso de liquidación o Fusión, no constituirán ingresos ocasionales, así como tampoco constituyen renta, por lo que no serán gravados con tales tributos, siempre y cuando aquello que se haya recibido sea igual al monto de los aportes realizados en dinero o su correspondiente valor en especie.

En cuanto a la Fusión, la Corte Constitucional lo interpretó conforme al hoy derogado artículo 14-1 del Estatuto Tributario, el cual establecía la inexistencia de una enajenación en las Fusiones, por lo que no había lugar a la procedencia de impuestos como el de renta, debido a que no se generaba un ingreso adicional, sino que, por el contrario, reflejaba el monto del aporte realizado.

La Corte Constitucional declaró el artículo 51 del Estatuto Tributario inaplicable, por ser este producto de la autonomía legislativa en materia tributaria, que la Constitución Política de 1991 le otorga al Congreso para fijar elementos básicos y especiales de cada gravamen.

Lo anterior es consecuencia de la voluntad del Estado de querer otorgarles beneficios a figuras como la Fusión, como forma de reorganización empresarial, además de ser consecuentes con la tesis de que esta figura no era una enajenación, bajo ninguna circunstancia, en virtud del artículo 14-1 que regía para la época en la que fue emitida la Sentencia 222 de 1995, por lo que debían las operaciones de Fusión y Escisión y las derivadas de estas, estar exentas de todo aquello que por concepto de enajenación está gravado.

2. Sentencia 15315 de 2007

Sentencia No. 15315 de 2007 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: Héctor Romero Díaz. Impuesto de registro en un proceso de Escisión.

En una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta del Consejo de Estado, decidió el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 20 de enero de 2005, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desestimatoria de las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento contra los actos administrativos, por los cuales la demandada no accedió a la devolución del impuesto de registro cancelado por la inscripción de la escritura pública de Escisión por creación.

El artículo 226 de la Ley 223 de 1995 indica respecto del impuesto de registro:

“Está constituido por la inscripción de actos, contratos o negocios jurídicos documentales, en los cuales sean parte o beneficiarios los particulares y que, de conformidad con las disposiciones legales, deban registrarse en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos o en las Cámaras de Comercio.

Cuando un acto, contrato o negocio jurídico deba registrarse tanto en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos como en la Cámara de Comercio, el impuesto se generará solamente en la instancia de inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

No generan el impuesto aquellos actos o providencias que no incorporan un derecho apreciable pecuniariamente, en favor de una o varias personas, cuando por mandato legal deban ser remitidos para su registro por el funcionario competente”. (...).

Conforme al artículo precedente y la ley, se establece que los particulares que realicen actos, contratos o negocios jurídicos documentales, son los sujetos pasivos del impuesto de registro y la base gravable para calcular el impuesto será el valor incorporado en el documento que contiene el acto por registrar.

Por otro lado, la Escisión como un proceso de reorganización empresarial tiene dos modalidades, como ya se estableció en capítulos anteriores: Escisión parcial y total. De esos procesos pueden crearse o no nuevas sociedades. En cualquiera de los dos casos siempre existe una transferencia patrimonial en bloque, que tiene efectos igualmente ante terceros, una vez se registre el acto en el Registro Mercantil. Conforme a lo anterior, la Escisión puede llevar a generar un solo acto, la Escisión, traspaso de parte del patrimonio a una sociedad ya existente. Por el contrario, puede llevar a que se produzcan dos actos: la Escisión misma y la creación de sociedades que reciben el patrimonio de una sociedad ya establecida que se escindió, por lo que la creación de una sociedad será un acto consecuente a un primer acto, denominado Escisión. Si bien la Escisión es un acto sin cuantía que no es objeto de impuesto de registro, los actos que sean consecuencia de esta se gravarán de manera independiente, aun cuando consten en un mismo documento. Por esto para el impuesto de registro será aplicable a la creación de una nueva sociedad y se tomará la base gravable, conforme al capital suscrito para aquellas sociedades anónimas o asimiladas.

3. Sentencia C-635 de 2011

Sentencia C-635 de 2011 de la Corte Constitucional de Colombia, magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Impuesto al patrimonio en la Escisión de sociedades.

La Corte Constitucional decide demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 10 de la Ley 1430 de 2010, el cual determina las tarifas del impuesto al patrimonio y que se refiere a los procesos de Escisión, como se indica a continuación:

(...) “Para efectos de lo dispuesto en el artículo 293-1, las sociedades que hayan efectuado procesos de Escisión durante el año gravable 2010, deberán sumar los patrimonios líquidos poseídos a 1° de enero de 2011, por las sociedades escindidas y beneficiarias, con el fin de determinar su sujeción al impuesto.

Cuando la sumatoria de los patrimonios líquidos poseídos a 1° de enero de 2011 sea igual o superior a tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000) y hasta cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), cada una de las sociedades escindidas y beneficiarias estarán obligadas a declarar y pagar el impuesto al patrimonio, con tarifa de dos punto cuatro por ciento (2.4 %) liquidado sobre sus respectivas bases gravables. Cuando la sumatoria de los patrimonios líquidos poseídos a 1° de enero de 2011 sea superior a cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), cada una de las sociedades escindidas y beneficiarias estarán obligadas a declarar y pagar el impuesto al patrimonio, con tarifa de cuatro punto ocho por ciento (4.8 %) liquidado sobre sus respectivas bases gravables”. (...).

La Ley 1370 de 2009 aprobó el impuesto al patrimonio, el cual se haría exigible en el año 2011. La Ley 1430 de 2010 señaló que en aras de determinar el impuesto al patrimonio, las sociedades que hayan realizado procesos de Escisión debían sumar los patrimonios líquidos que tuvieran al 1° de enero de 2011. Podría entonces afirmarse que existe una violación al principio de irretroactividad tributaria, por cuanto deben sumarse los patrimonios líquidos de sociedades escindidas durante el año 2010, pues tal como indica la Corte Constitucional

“la norma incide directamente sobre situaciones o hechos configurados, con anterioridad al momento que la ley entra en vigencia”. En consideración a esto, la Corte declara la exequibilidad condicionada del artículo, determinando que los procesos de Escisión a los que se refiere el artículo 10 de la Ley 1430 de 2010, solo pueden comprender los actos ocurridos a partir del 29 de diciembre de 2010. Si bien la pretensión del legislador consistía en evitar que mediante un proceso de Escisión las sociedades fraccionaran sus patrimonios, con el fin de evadir el pago del impuesto al patrimonio, debido a que numerosas sociedades, antes de realizar un proceso de Escisión, evidentemente estaban gravadas con el impuesto al patrimonio, una vez realizada la Escisión ostentaban patrimonios inferiores a tres mil millones de pesos (\$3.000.000.000), por lo tanto dejaban de ser sujetos pasivos del impuesto y no debían pagarlo.

La Corte señaló en la sentencia de la referencia, que si bien la Escisión es un proceso legítimo previsto en la ley, en el año 2010 el proceso llegaría a utilizarse con propósito que resultaba adverso para las arcas estatales; sin embargo, el principio de irretroactividad es de carácter constitucional y no puede justificarse su violación en el hecho de realizar un recaudo de tributos mayor, por lo que al ser la Ley 1430 publicada el 29 de diciembre de 2010, deben sus efectos tributarios recaer sobre actos posteriores a esta fecha.

4. DOCTRINA

1. Concepto 019770 de 1993

El Concepto 019770 de 1993, expedido por la DIAN, establece que la responsabilidad fiscal de las sociedades absorbidas mediante los procesos de Fusión, en virtud con los artículos 178 del Código de Comercio y 14-1 del Estatuto Tributario, son asumidas por la sociedad absorbente. Es decir, la sociedad absorbente, a partir de la fecha de la Fusión,

debe cumplir con las obligaciones pendientes de la sociedad absorbida, bajo su exclusiva responsabilidad y condiciones comerciales y tributarias.

Es así como la sociedad absorbida, desde el periodo siguiente a la Fusión, desaparece del campo tributario; por tanto, no debe presentar declaración de renta. Por el contrario, la sociedad absorbente debe presentar la declaración consolidada. (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, 1993).

2. Concepto 048785 de 2002

Problema jurídico: ¿a partir de qué momento la sociedad fusionante o absorbente debe cumplir las obligaciones fiscales que le corresponden?

Respuesta de la DIAN:

“(...) La sociedad fusionante o absorbente debe cumplir las obligaciones fiscales que le corresponden, a partir de la fecha de la escritura pública por la cual se formaliza el acuerdo de Fusión, aun cuando esta no se haya registrado en la Cámara de Comercio. (...)”.

El Acuerdo de Fusión efectuado por la sociedad absorbente o creada y las sociedades absorbidas, debe elevarse a Escritura Pública, por lo que este instrumento tiene la función de fijar la fecha en la cual inician a efectuarse las consecuencias de la Fusión, tales como la adquisición de los derechos y las obligaciones tributarias de la sociedad absorbida.

Puntualmente para determinar el impuesto sobre la renta, el periodo gravable se cuenta a partir de la fecha de la Escritura Pública en la que consta el acto de Fusión y termina el 31 de diciembre del año correspondiente. Lo anterior, sin perjuicio de la inscripción del acto que formaliza la Fusión en el Registro Mercantil, esto por cuanto son actos diferentes y

sucesivos a la realización de la Fusión mediante Escritura Pública y su inscripción en el Registro Mercantil, por lo que los efectos tributarios de las actuaciones de la sociedad absorbente no pueden quedar suspendidos a requerimientos de carácter formal, como lo es la inscripción en el Registro Mercantil, cuando la operación ya ha sido consolidada. Las operaciones que realice una sociedad absorbente en un determinado periodo, quedarían al margen de la tributación, hasta que la sociedad absorbente efectúe el registro, lo cual implicaría que las obligaciones fiscales se generarían para la sociedad absorbente o creada, si potestativamente esta decide realizar o no la inscripción, beneficiándose así de su propia negligencia y vulnerando también los principios que rigen el derecho tributario del país.

Cabe recordar que el Registro Mercantil tiene por objeto dar publicidad a los actos realizados por comerciantes, entre estos las sociedades, por lo que la omisión del registro puede vulnerar los derechos de terceros. Si los derechos del Estado respecto de la tributación de una sociedad absorbente estuvieran supeditados a cumplir con el registro de la Escritura Pública en el Registro Mercantil, los derechos del Estado se verían perjudicados con la falta del registro del acto.

3. Concepto 079679 de 2006

Problema jurídico: ¿el beneficio consagrado en el artículo 158-3 del Estatuto Tributario se conserva en cabeza de la sociedad que adquirió el bien, como resultado de un proceso de Escisión?

Respuesta de la DIAN:

“El beneficio consagrado en el artículo 158-3 del Estatuto Tributario no se pierde cuando la sociedad que adquirió el activo fijo real productivo, y que solicitó la

deducción del 30 % del valor de la inversión, lo transfiere a otra sociedad como resultado de un proceso de Fusión, siempre y cuando la sociedad receptora del activo cumpla con la totalidad de los requisitos que la ley y el reglamento establecen para la procedencia de la deducción especial”.

En primer lugar, debe establecerse que para la fecha en la que la DIAN emitió este concepto regía lo señalado por el artículo 158-3, establecido en la Ley 863 de 2003, en la que se indica que, los contribuyentes de impuesto a la renta, sea persona natural o jurídica, podrán deducir el treinta por ciento (30 %) del valor de las inversiones efectivas realizadas, solo en activos fijos reales productivos.

Esos requisitos son establecidos por el mismo artículo 158-3. La deducción por inversión en activos fijos solo podrá aplicarse con ocasión de aquellos activos fijos adquiridos, que no hayan sido objeto de transacción alguna entre las demás empresas filiales o vinculadas accionariamente o con la misma composición mayoritaria de accionistas y la declarante, en el evento en que las hubiere. Además, exige la ley que dichos activos adquiridos productos de una inversión se destinen a una actividad propia del objeto social de la empresa que genere renta. Adicionalmente no deben enajenarse tales bienes hasta el vencimiento de depreciación o amortización. *Indica además la oficina jurídica de la DIAN que "El beneficio consagrado en el artículo 158-3 del Estatuto Tributario no se pierde cuando la sociedad que adquirió el activo fijo real productivo, y que solicitó la deducción del 30 % del valor de la inversión, lo transfiere a otra sociedad como resultado de un proceso de Fusión, siempre y cuando la sociedad receptora del activo cumple con la totalidad de los requisitos que la ley y el reglamento establecen para la procedencia de la deducción especial”.*

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales llegó a las anteriores conclusiones por considerar a la Fusión y Escisión como enajenaciones de activos. Aquellos bienes que finalmente cambian de titular lo hacen en razón de una reorganización empresarial, en la cual quienes hacen la inversión disponen de sus recursos, de manera tal que lleguen a ser más productivos. Quien adquiere el bien debe destinarlo así mismo a la producción de renta; lo anterior no implica reestructuración, liquidación o enajenación. Cabe destacar que el artículo 158-3 del Estatuto Tributario fue modificado por la Ley 1111 del 2006 en su artículo 8, así:

“A partir del 1° de enero de 2007, las personas naturales y jurídicas contribuyentes del impuesto sobre la renta, podrán deducir el cuarenta por ciento (40 %) del valor de las inversiones efectivas realizadas, solo en activos fijos reales productivos adquiridos, aun bajo la modalidad de leasing financiero con opción irrevocable de compra, de acuerdo con la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional. Los contribuyentes que hagan uso de esta deducción no podrán acogerse al beneficio previsto en el artículo 689-1 de este Estatuto”.

El porcentaje que aplicaba al momento que la DIAN emitió el concepto era del treinta por ciento (30%).

De lo anterior se concluye que, respecto de las Fusiones y Escisiones habría un aporte en especie, el cual no constituye una enajenación. Los bienes que recibe en bloque la sociedad absorbente o creada (Fusión) o que se segrega (Escisión), no cambian su naturaleza. Aquellos denominados como activos fijos lo seguirán siendo, mientras que aquellos que no se determinen así, como las mercancías, no mutarán de condición. Las reglas y disposiciones especiales a cada activo se aplicarán al titular al que pasen, como un cambio

de titular sin lugar a enajenación. Entonces, para que la Sociedad Absorbente o creada acceda al beneficio consagrado en el artículo 158-3 del Estatuto Tributario, de la sociedad que adquirió el activo fijo real productivo y que solicitó la deducción especial –activo que posteriormente será transferido a otra sociedad como resultado de un proceso de Fusión o Escisión, siempre y cuando la sociedad absorbente o creada que recibe el activo–, necesariamente debe cumplir con los requisitos que la ley establece para la procedencia de la deducción especial.

4. Concepto 08217 de 2007

Problema Jurídico: ¿cuál es la base para determinar la renta presuntiva en el caso de Fusión de sociedades?

Respuesta de la DIAN:

“La base para determinar la renta presuntiva en la Fusión de sociedades está constituida por la suma de los patrimonios líquidos que al último día del año gravable inmediatamente anterior poseían las sociedades participantes en el proceso de Fusión”.

El artículo 188 del Estatuto Tributario regula la renta presuntiva de la siguiente manera:

“Para efectos del impuesto sobre la renta, se presume que la renta líquida del contribuyente no es inferior al tres por ciento (3 %) de su patrimonio líquido, en el último día del ejercicio gravable inmediatamente anterior”.

Conforme a lo establecido en el artículo precedentemente descrito, desde lo señalado y analizado a lo largo de este documento, se debe indicar que la base para el cálculo de la renta presuntiva debe estar integrada por los patrimonios líquidos que para el último día del

año gravable poseían las sociedades absorbidas, así como la absorbente, mientras que para el caso de Fusión por creación, se calculará la renta presuntiva con base en los patrimonios líquidos que al último día del año gravable inmediatamente anterior tenían las sociedades fusionadas.

Lo anterior es un ejercicio contable que se traslada de una sociedad a otra. Como efecto de una operación de Fusión, la sociedad absorbente o creada responde por los impuestos, anticipos, retenciones, sanciones, intereses, así como demás obligaciones tributarias de las sociedades fusionadas o absorbidas. Los patrimonios líquidos de cada sociedad participante en el proceso de Fusión que hayan existido de manera independiente al año gravable inmediatamente anterior, se suman con el fin de determinar no solo la renta presuntiva para la sociedad absorbente o creada, sino además la consolidación de su patrimonio.

5. Concepto 036469 de 2009

Problema Jurídico

¿Las sociedades beneficiarias en un proceso de escisión, pueden compensar el exceso de renta presuntiva generado en la declaración de renta de la sociedad escidente, con la renta líquida ordinaria que posteriormente obtengan?

Respuesta de la DIAN:

“Las sociedades beneficiarias en un proceso de escisión, pueden compensar el exceso de renta presuntiva generado en la declaración de renta de la sociedad escidente, en proporción a la parte patrimonial que se les hubiere transferido, siempre y cuando se den los presupuestos legales exigidos para tal efecto.”

Con el fin de emitir la respuesta precedentemente indicada, el Despacho jurídico de la DIAN reconsidero la doctrina contenida en el Concepto 0607766 de 1999, donde se precisó

que, en el caso de escisión de sociedades, las sociedades beneficiarias de este proceso, no pueden tomar ninguno de los beneficios fiscales establecidos para la escindida, por lo que no podrían tratar como deducción el exceso de renta presuntiva originado en la declaración de renta de la sociedad escidente, sobre la renta líquida ordinaria.

Al momento de emitirse el concepto del año 1999 no regía una norma específica del tema, que regulará los efectos de las figuras de Fusión y Escisión. Esta norma se introduce en el año 2006 con el Decreto 852. Que como se evidenció previamente, este decreto reglamenta los efectos tributarios de la Escisión en su artículo segundo.

Se advierte que el exceso de renta presuntiva sobre la renta líquida ordinaria es un derecho que puede ser transferido a la sociedad beneficiaria de un proceso de escisión. El derecho se transfiere proporcionalmente al porcentaje que le correspondió de la sociedad escidente. El derecho a deducir el exceso de renta presuntiva se consagra en el artículo 189 del Estatuto Tributario.

En el resultado de una escisión se imputan bienes, obligaciones y derechos de una sociedad a otra, por lo que es válido afirmar que así como para la determinación del impuesto de renta por el sistema de renta presuntiva se toma como base el total del patrimonio de la sociedad escidente, la sociedad beneficiaria de un proceso de escisión tiene el derecho a solicitar la compensación del exceso de la renta presuntiva en la parte correspondiente al patrimonio que se le transfiere, en los términos del párrafo del artículo 189 ya mencionado, es decir deben tenerse presentes los periodos gravables transcurridos, las compensaciones ya efectuadas por la sociedad escidente, el porcentaje correspondiente conforme a la proporción otorgada por la escidente.

Conforme a lo dicho, se derogó la doctrina de la DIAN de 1999 que las sociedades resultantes de un proceso de Escisión no podrían atribuirse beneficios fiscales de la sociedad escidente.

2. Compensaciones de pérdidas fiscales en Colombia

En materia tributaria hay diferentes mecanismos para alivianar la carga tributaria de los contribuyentes. La compensación de pérdidas se refleja en la operación que pueden o no realizar las sociedades, de trasladar pérdidas fiscales de periodos pasados con rentas líquidas obtenidas en los periodos fiscales futuros.

Lo anterior quiere decir que, si un contribuyente en un periodo tuvo una pérdida de veinte millones de pesos (\$20.000.000) en el año 2011, puede compensar; es decir, descontar esa pérdida a la renta líquida obtenida en periodos futuros. Esta operación permitirá disminuir su renta gravable, siendo entonces este una deducción a la renta líquida, que, si bien no exime al contribuyente del pago del impuesto, sí alivia la tributación al disminuir la base gravable del impuesto de renta.

Es importante tener en cuenta que las pérdidas fiscales se configuran cuando el monto de los costos y otras deducciones legales supera el valor de los ingresos de cada ejercicio. Por lo que si en un periodo de ejercicio de una sociedad, esta no genera utilidad sino pérdida, tendrá derecho la sociedad a descontar esa pérdida de su renta líquida de un periodo siguiente, con el fin de disminuir su renta gravable.

La renta líquida se determina a partir de un proceso de depuración de renta; este proceso es señalado en el artículo 26 del Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989):

“(...) Art. 26. Los ingresos son base de la renta líquida. La renta líquida gravable se determina así: de la suma de todos los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o período gravable, que sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, y que no hayan sido expresamente exceptuados, se restan las devoluciones, rebajas y descuentos, con lo cual se obtienen los ingresos netos. De los ingresos netos se restan, cuando sea el caso, los costos realizados imputables a tales ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta. De la renta bruta se restan las deducciones realizadas, con lo cual se obtiene la renta líquida. Salvo las excepciones legales, la renta líquida es renta gravable y a ella se aplican las tarifas señaladas en la ley. (...)”.

Lo anterior traduce que para poder determinar cuál será el monto de la renta líquida, debe realizarse este procedimiento, denominado Depuración de la Renta, el cual determina la renta gravable. La compensación de pérdidas fiscales es uno de los pasos que determina el valor de dicha renta.

Ahora bien, en este capítulo se plasman aspectos relevantes de la compensación de pérdidas fiscales. En un primer plano se hace una aproximación legal general para seguir con una aproximación enfocada al tema central de este documento: las Fusiones y Escisiones.

El Estatuto Tributario es una compilación normativa que siempre se encuentra en constantes transformaciones y modificaciones. Las reformas tributarias son consecuencia

de intereses políticos y económicos; de manera que, si bien el concepto de compensación de pérdidas es constante con cada reforma, varía la forma de aplicarse, lo cual genera un gran impacto fiscal sobre el contribuyente, ya que existe inseguridad jurídica e inestabilidad frente a estas normas.

De lo dicho hasta el momento se concluye que la legislación colombiana brinda protección a los sujetos pasivos del impuesto de renta, a través de la posibilidad de compensar las pérdidas fiscales con rentas líquidas de periodos fiscales futuros, produciendo una atenuación en el gravamen ya referido. El sujeto pasivo que pretende aplicar una compensación de pérdidas debe necesariamente realizar el proceso de depuración de renta, de la manera en la que se indica en el artículo 26 del Estatuto Tributario; en caso que el valor resultante sea inferior al valor arrojado por la renta presuntiva, el impuesto se liquidará conforme a ésta, donde se asume que se obtuvo un incremento patrimonial de un año a otro.

La compensación de pérdidas tiene estipulaciones legales previas al Estatuto Tributario; encontramos entre estas:

1. Decreto 353 de 1984

“Art. 21. (...) Las sociedades de que trata el inciso anterior³² podrán compensar las pérdidas fiscales obtenidas en el respectivo ejercicio gravable, con las rentas que obtuvieren en los cinco (5) periodos gravables siguientes.

³² El artículo se refiere a las sociedades limitadas y asimiladas.

Cuando la sociedad se liquide, los socios tendrán derecho a deducir las pérdidas acumuladas pendientes de compensar por la sociedad, dentro del término que reste para completar el periodo de cinco (5) años”.

2. Decreto 1073 de 1984

“Art. 1. Para efectos del impuesto sobre la renta, las corporaciones de ahorro y vivienda podrán solicitar como deducción el valor de la provisión, que con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias, constituyan anualmente, de acuerdo con lo previsto en la Circular número DAB-025 de 1973, expedida por la Superintendencia Bancaria, por concepto de intereses de ahorro generados por los Certificados de Ahorro de Valor Constante”.

3. Ley 75 de 1986

“Art. 84. “Las sociedades podrán compensar las pérdidas fiscales sufridas en cualquier año o periodo gravable, con las rentas que obtuvieren dentro de los cinco periodos gravables siguientes. Las pérdidas de las sociedades no serán trasladables a los socios”.

Al comparar los artículos de cada norma, se pueden establecer las diferencias entre cada uno de ellos, así como también el desarrollo constante que la misma ha tenido, incluso hasta el día de hoy, debido a que la compensación de pérdidas es una figura altamente utilizada por las empresas, como alivio a su carga tributaria, requiriendo entonces un estudio constante que implica su perfeccionamiento, tanto legal como práctico.

Inicialmente, el Decreto 353 de 1984 señaló que su ámbito de aplicación sería exclusivamente para sociedades limitadas y asimiladas, pudiendo estas compensar pérdidas

fiscales. La compensación debía hacerse dentro de los cinco (5) periodos siguientes al año que se declaraban las pérdidas. Se prohibió como regla general trasladar las pérdidas a los socios, y como excepción a esto la norma planteaba que podría llevarse a cabo un traslado con ocasión a una liquidación de la sociedad y que quedaren periodos pendientes por compensar.

El Decreto 1073 de 1984 otorgó la posibilidad de compensar pérdidas fiscales para corporaciones de ahorro y vivienda, con el aval de la extinta Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera. Es importante resaltar que las corporaciones de ahorro y vivienda son sociedades anónimas.

La Ley 75 de 1986 en su artículo 84 no varió el número de periodos para los cuales pueden compensarse pérdidas. Sin embargo, lo definitivo de este artículo implica la prohibición de trasladar las pérdidas a los socios, concluyendo que se elimina incluso la excepción señalada en el Decreto 353 de 1984, respecto de su procedencia frente a un caso de liquidación.

Esas primeras aproximaciones a la compensación de pérdidas llevan a que sea un elemento determinante del impuesto a la renta, conceptos plasmados en el Estatuto Tributario, Decreto 624 de 1989.

Actualmente, la compensación de pérdidas fiscales está establecida en el artículo 147 del Estatuto Tributario, de la manera como se indica a continuación:

“Art. 147. Compensación de pérdidas fiscales de sociedades. Las sociedades podrán compensar las pérdidas fiscales, con las rentas líquidas ordinarias que obtuvieren en los doce (12) períodos gravables siguientes, sin perjuicio de la renta presuntiva del ejercicio. Los socios no podrán deducir ni compensar las pérdidas de las sociedades contra sus propias rentas líquidas.”

El artículo anterior se introdujo en la reciente Ley 1819 de 2016, mediante su artículo 88, que modificó el artículo 5 de la ley 1111 de 2006, el cual indicaba lo siguiente:

Art. 5 Ley 1111 de 2006. Las sociedades podrán compensar las pérdidas fiscales reajustadas fiscalmente, con las rentas líquidas ordinarias que obtuvieren en los periodos gravables siguientes sin perjuicio de la renta presuntiva del ejercicio. Las pérdidas de las sociedades no serán trasladables a los socios.

Los anteriores artículos recogen la misma idea central.

En primer lugar, hacen mención exclusiva a las sociedades como los únicos sujetos con capacidad para realizar compensación de pérdidas fiscales, a través de las rentas líquidas ordinarias que lleguen a obtener en los periodos gravables futuros; excluyen a las personas naturales de este alivio, salvo para las personas naturales que realizan actividades agropecuarias. En otras palabras, que los contribuyentes, personas naturales, que fijen rentas líquidas ordinarias negativas no podrán compensar pérdidas, salvo en el caso de que la pérdida se haya producido en actividades agropecuarias, como lo indica el artículo 150 del Estatuto Tributario:

“(…) Art. 150. Pérdidas sufridas por personas naturales en actividades agrícolas. Las pérdidas de personas naturales y sucesiones ilíquidas en empresas agropecuarias serán deducibles en los cinco años siguientes a su ocurrencia, siempre y cuando que se deduzcan exclusivamente de rentas de igual naturaleza y las operaciones de la empresa estén contabilizadas de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados. Esta deducción se aplicará sin perjuicio de la renta presuntiva. (…)”

De manera exhaustiva se puede mencionar que este es uno de los mecanismos más importantes con las que cuentan exclusivamente las sociedades, que, utilizando pérdidas fiscales propias, pueden posteriormente imputarlas a la renta líquida de periodos futuros, permitiéndole al contribuyente atenuar la carga tributaria.

El artículo 88 de la Ley 1819 de 2016 expresó en gran medida lo ya señalado previamente por la Ley 1111 de 2006, el cambio transversal respecto de la norma que estaba vigente es introducción a la limitación de tiempo, periodos gravables, en los que las sociedades podrán compensar pérdidas fiscales con su renta líquida. Por cuanto la legislación anterior establecía que, a partir del año 2007 las pérdidas que se originen no tienen término para su compensación ni límite porcentual para compensar la pérdida. Es decir, la compensación de pérdidas fiscales podía realizarse en cualquier tiempo; la Ley 1819 de 2016 estableció que las pérdidas fiscales podrán ser compensadas dentro de los doce (12) periodos siguientes al período en que se generaron.

Finalmente a manera de conclusión es necesario resaltar que, la compensación de pérdidas fiscales, referida en el artículo 147, es una deducción, por cuanto se detraen las pérdidas fiscales de la renta bruta con el objeto de obtener la renta líquida. La compensación es la inclusión de las pérdidas fiscales al proceso de depuración de la renta. Para ello debe existir una renta líquida suficiente para disminuir el valor de la alícuota por pérdidas fiscales.

a. Compensación de pérdidas fiscales en Fusiones y Escisiones

Dentro del contexto de compensación de pérdidas fiscales también le son aplicables a las sociedades en el desarrollo de los efectos de los procesos de Fusión y Escisión, siendo igualmente un régimen establecido en el Estatuto Tributario.

La ley prevé que la sociedad absorbente o nueva adquiere, como ya se ha dicho reiteradamente, los derechos y las obligaciones de la o las sociedades disueltas, al llevarse a cabo la Fusión o Escisión, por lo que adquiere el derecho a realizar la compensación de las pérdidas sufridas por las sociedades disueltas; sin embargo, la norma señala una limitación en cuanto al porcentaje que puede ser compensado por la sociedad absorbente o creada, el cual no puede ser superior del porcentaje de participación en la sociedad fusionada, inciso 2 del artículo 147 del Estatuto Tributario:

“Art. 147 (...) La sociedad absorbente o resultante de un proceso de Fusión, puede compensar con las rentas líquidas ordinarias que obtuviere, las pérdidas fiscales sufridas por las sociedades fusionadas, hasta un límite equivalente al porcentaje de participación de los patrimonios de las sociedades fusionadas dentro del patrimonio

de la sociedad absorbente o resultante. La compensación de las pérdidas sufridas por las sociedades fusionadas, referidas en este artículo, deberá realizarse teniendo en cuenta los periodos gravables para compensar, ya transcurridos, y los límites anuales, previstos en la ley vigente en el periodo en que se generó y declaró la pérdida fiscal. (...)”.

Las sociedades creadas o absorbentes podrán de su renta líquida subsanar las pérdidas fiscales obtenidas en tiempos anteriores, por las sociedades que fueron absorbidas en el marco de un proceso de Fusión, o por aquellas que se escindieron, en la proporción y en los plazos señalados por la ley. Para que ello proceda es necesario que las actividades económicas de las sociedades resultantes sean las mismas que las realizadas por las sociedades absorbidas, fusionadas o escindidas, en virtud de lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 147 del Estatuto:

“Art. 147 (...) En todos los casos, la compensación de las pérdidas fiscales en los procesos de Fusión y Escisión con las rentas líquidas ordinarias obtenidas por las sociedades absorbentes o resultantes, según el caso, solo serán procedentes únicamente si la actividad económica de las sociedades intervinientes en dichos procesos era la misma antes de la respectiva Fusión o Escisión (...)”.

El Concepto No. 43508 del 15 de julio de 2002 de la DIAN sostiene lo indicado en el artículo anterior.

“(...) Si la escritura pública que formaliza el acuerdo de Fusión es otorgada a partir de enero 1 de 2002, las pérdidas de la sociedad absorbida o fusionada no son

trasladables a la absorbente, si la actividad productora de renta es diferente a la actividad de la que originó la pérdida”.

En virtud de lo señalado precedentemente, las sociedades absorbentes pueden compensar las pérdidas fiscales declaradas por las sociedades absorbidas, con sus rentas líquidas ordinarias, siempre y cuando se dé cumplimiento a los requisitos exigidos por la ley, a saber:

1. Que el monto a compensar no exceda el porcentaje de participación del patrimonio de la absorbida en el patrimonio de la absorbente.
2. Que los periodos a compensar no excedan los ya transcurridos, antes de la Fusión de las sociedades y permitidos con vigencia de la ley en la que se presentó la pérdida.
3. Que la compensación que se realice en cada periodo no exceda los límites anuales previstos en la ley vigente, en el periodo en que se generó y declaró la pérdida fiscal.
4. Que exista identidad de la actividad económica principal, entre la sociedad absorbida y la absorbente.

Respecto de la compensación de pérdidas en un proceso de Escisión, el Estatuto Tributario agrega:

“Art. 147 (...) Las sociedades resultantes de un proceso de Escisión, pueden compensar con las rentas líquidas ordinarias, las pérdidas fiscales sufridas por la sociedad escindida, hasta un límite equivalente al porcentaje de participación del

patrimonio de las sociedades resultantes en el patrimonio de la sociedad que se escindió. La compensación de las pérdidas sufridas por la sociedad que se escindió, deberá realizarse teniendo en cuenta los periodos gravables para compensar ya transcurridos y los límites anuales, previstos en la ley vigente en el periodo en que se generó y declaró la pérdida fiscal (...)”.

Detalla la norma, siguiendo la línea de la Fusión, que las sociedades resultantes de una operación de Escisión podrán tener el beneficio de la compensación de las pérdidas fiscales sufridas por la sociedad escindida, a través de la renta líquida ordinaria, hasta un límite equivalente al porcentaje de participación del patrimonio de las sociedades resultantes.

Igualmente, la ley tributaria indica que la compensación de las pérdidas sufridas por la sociedad que se escindió, es un atenuante importante que debe saber aprovechar dicha sociedad, pero siempre teniendo en cuenta los periodos gravables para compensar, los ya transcurridos y los límites anuales.

Por otro lado, en caso de que la sociedad que se escinde no se disuelva, esta podrá compensar sus pérdidas fiscales sufridas antes del proceso de Escisión, con cargo a las rentas líquidas ordinarias, hasta un límite equivalente al porcentaje del patrimonio que conserve después del proceso de Escisión.

Cabe destacar que la compensación de las pérdidas fiscales en los procesos de Fusión y Escisión, con cargo a las rentas líquidas ordinarias obtenidas por las sociedades absorbentes o resultantes, según el caso, solo serán procedentes si la actividad económica de las

sociedades intervinientes en dichos procesos, era la misma antes de la respectiva Fusión o Escisión.

Así mismo, se deberá tener en cuenta que, si las Fusiones y Escisiones no se llevaron a cabo a través de un propósito comercial o de negocios legítimos, sino que se hicieron para sacar provechos tributarios importantes que no se encuentren al margen de la legalidad, se aplicarán las sanciones correspondientes del abuso tributario, de conformidad con las disposiciones del Estatuto Tributario.

b. Término de firmeza de las declaraciones de renta que determinan o compensan pérdidas

La más reciente reforma tributaria, Ley 1819 de 2016, modificó el artículo 714 del Estatuto Tributario así:

“Artículo 714. Término general de firmeza de las declaraciones tributarias. La declaración tributaria quedará en firme sí, dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha del vencimiento del plazo para declarar, no se ha notificado requerimiento especial. Cuando la declaración inicial se haya presentado en forma extemporánea, los tres (3) años se contarán a partir de la fecha de presentación de la misma.

La declaración tributaria en la que se presente un saldo a favor del contribuyente o responsable quedará en firme sí, tres (3) años después de la fecha de presentación de la solicitud de devolución o compensación, no se ha notificado requerimiento especial. Cuando se impute el saldo a favor en las declaraciones tributarias de los periodos fiscales

siguientes, el término de firmeza de la declaración tributaria en la que se presente un saldo a favor será el señalado en el inciso 1o de este artículo.

También quedará en firme la declaración tributaria si, vencido el término para practicar la liquidación de revisión, esta no se notificó(...)”

Respecto de las pérdidas fiscales el artículo 714 del Estatuto Tributario específicamente indica:

“(...) La declaración tributaria en la que se liquide pérdida fiscal quedará en firme en el mismo término que el contribuyente tiene para compensarla, de acuerdo con las reglas de este Estatuto.

Si la pérdida fiscal se compensa en cualquiera de los dos últimos años que el contribuyente tiene para hacerlo, el término de firmeza se extenderá a partir de dicha compensación por tres (3) años más en relación con la declaración en la que se liquidó dicha pérdida(...)”

Conforme a lo anterior, se expresa que los términos de firmeza para la liquidación y para la compensación de pérdidas son diferentes. Es entonces necesario diferenciar estos dos conceptos, liquidación de pérdidas fiscales y compensación de las mismas. La liquidación de las pérdidas fiscales es la declaración de las mismas, la inclusión de valores negativos en la declaración de renta, mientras que la compensación se refiere a la manera de enjugar dichas pérdidas liquidadas, con el fin de disminuir el valor de renta sobre el cual se calcula el tributo. Por lo que para que puedan compensarse pérdidas fiscales, previamente éstas han de haberse liquidado, es decir expresado en la correspondiente declaración de renta.

Finalmente, respecto del término de firmeza, el artículo 89 de la Ley 1819 de 2016 modificó el término de firmeza de las declaraciones de renta cuando se tomen la deducción por concepto de compensación de pérdidas fiscales.

“Art. 89. El término de firmeza de las declaraciones de renta y sus correcciones en las que se determinen o compensen pérdidas fiscales será de seis (6) años contados a partir de la fecha de su presentación.”

De esta manera, la más reciente reforma tributaria es más gravosa, por cuanto aumenta a seis (6) años el término de firmeza que antes era de cinco (5) años.

“Artículo 24 de la Ley 788 de 2002. Inciso séptimo. El término de firmeza de las declaraciones de renta y sus correcciones en las que se determinen o compensen pérdidas fiscales, será de cinco (5) años contados a partir de la fecha de su presentación.”

En el caso de las pérdidas de las sociedades absorbidas en procesos de Fusión y Escisión, están limitadas al porcentaje de participación en el patrimonio que le corresponde en la sociedad absorbente o resultante.

En definitiva, cabe destacar que Colombia en los últimos años ha mostrado un deterioro en su sistema tributario, consecuencia de las diversas reformas que ha llevado a cabo recientemente, lo que ha afectado considerablemente el balance fiscal y, por ende, a la equidad, eficiencia y neutralidad de dicho sistema, ya que al verse implicados estos términos legales negativamente, impulsan la evasión de impuestos, la expansión de la

ilegalidad, la estructura tributaria sobre la financiación de las empresas y la división de responsabilidades tributarias entre los niveles del Gobierno, por lo cual se hace importante señalar que los sistemas tributarios fueron creados para realizar los recaudos necesarios para el sostenimiento del gasto público nacional.

Así mismo, estas compensaciones se encuentran enmarcadas en las sociedades fusionadas y las escindidas, teniendo un impacto muy propio y diferente en cada una de ellas, ya que las compensaciones de pérdidas fiscales en las fusiones, son aquellas sociedades que se disuelven sin liquidarse, para ser absorbidas por otras o para crear una nueva; y en las escisiones vienen dadas por una persona o ente jurídico que, sin haberse disuelto, realiza la división de su patrimonio en dos o más partes, con el fin de que cada una de ellas sea transferida a una o más personas jurídicas existentes o a la creación de otras sociedades, en las que se puede observar la importancia que desprenden las compensaciones fiscales en las sociedades.

La Ley 1819 de 2016 igualmente reformó los criterios para considerar una conducta como “abusiva”. Es abusiva una conducta cuando:

- No hay propósitos comerciales y de negocios en la acción del sujeto pasivo.
- Se genera un provecho tributario sin justa causa o la información suministrada para el provecho no ha sido veraz. (eliminación, reducción o diferimiento del tributo; incremento del saldo a favor o de las pérdidas fiscales; y la extensión de beneficios o exenciones tributarias).

Se estableció un procedimiento especial para la declaratoria de una conducta como abusiva. El proceso es realizado por la DIAN, quien podrá desconocer los efectos de la conducta abusiva.

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Los fenómenos de Fusión y Escisión son, en primer lugar, reformas estatutarias, las cuales varían la voluntad inicial de los asociados; sin embargo, no es suficiente la voluntad de cambiar los estatutos para lograr llevar a cabo una Fusión o Escisión, el proceso tiene una serie de requerimientos. No obstante, vale la pena precisar que la Fusión y la Escisión, además de requerir la intención de las partes de modificar sociedades ya constituidas, requieren de ciertos actos formales para llegar a perfeccionarse.
2. La Fusión es, además de un acto jurídico, un fenómeno económico encaminado a transferir patrimonios permitiendo, entonces, dinamizar la forma en la que interactúan las personas jurídicas, y facilitar la inversión.

La afirmación anterior indica entonces que habrá un desplazamiento contable, donde, la sociedad absorbida será incidente en el nuevo patrimonio, que pasará a ostentar la absorbente. Igualmente en el caso de la creación de una nueva sociedad, que la constituyen sociedades que, sin liquidarse, dejan de existir y le transfieren la totalidad de su patrimonio a esa nueva sociedad. De las dos situaciones se prevé que el patrimonio se confiere en bloque, siendo inexistente la discriminación entre pasivos y activos, lo cual encamina los efectos que se generan de la Fusión.
3. Por su parte, la Escisión se trata de un cambio a la estructura societaria que permite establecer que aquello que una vez empalmó intereses creando una sola sociedad, hoy puede dividirse. Por lo que la Escisión tiene como fin que una misma sociedad pueda organizarse de una manera más eficiente, segregando su patrimonio o parte de este en

distintas sociedades, que permitan potencializar y procurar la continuidad a esas porciones de un patrimonio recibidas de otra sociedad.

4. Así mismo, al realizar la recopilación de las definiciones y los estudios encontrados en diferentes fuentes, se identificaron aquellos puntos relevantes sobre las instituciones jurídicas de la Fusión y la Escisión. Se advierte que la ley se queda corta en el desarrollo que tales instituciones merecen y puede pensarse que es porque, en materia societaria, como contrato u acto jurídico debe primar la autonomía de la voluntad privada; sin embargo, puede señalarse que la voluntad del legislador no va encaminada a eso, por el contrario, el vacío jurídico existente lleva a suplirlo con la doctrina que, aun cuando hay grandes exponentes del tema, la influencia que han tenido en la normatividad es precaria, siendo entonces la Superintendencia de Sociedades la autoridad máxima y fuente principal del asunto, entendiendo no solo la noción sino la forma en la que deben llevarse a cabo los procesos de Fusión y Escisión en Colombia.
5. El éxito de las operaciones de Fusión y Escisión dependerá de un amplio y suficiente *due diligence*, donde se analicen varios factores dentro de los cuales se encuentra: la planificación contable que se realice, es decir que no haya una sobreestimación o subestimación de activos o pasivos, por lo que la valuación a los libros de contabilidad debe ser detallada en cada una de las sociedades participantes en el proceso, además de hacer un estudio previo de las consecuencias jurídicas, económicas, así como de impacto en el mercado. Esto en cuanto a un estricto análisis tributario. Sin embargo, el efecto tributario es sólo uno de varios componentes a

analizar, deben analizarse las características fundamentales de las sociedades, estas peculiaridades fundamentales a grandes rasgos son:

Descripción general del negocio

Aspectos relevantes del funcionamiento de la empresa.

- Listado de marcas de productos y servicios de propiedad de la compañía.
- Condiciones de los negocios actuales, contratos con los clientes
- Contratos de arrendamiento.
- Todo Contrato o acuerdo que comprometa el patrimonio de la sociedad.
- Certificaciones que se hayan otorgado respecto de productos, servicios o sistemas desarrollados por la compañía.

Análisis de la situación jurídica

- Certificado de existencia y representación
- Estatutos de la Sociedad.
- Formación del capital social
- Libro de socios
- Libro de actas de la junta de socios
- Documentos internos de la sociedad, tales como acuerdo de socios.
- Indicar si hay procesos judiciales en los que haga parte la sociedad.

Análisis jurídico laboral y de la seguridad social

- Listado y número de trabajadores.
- Contratos laborales, donde se pueda establecer las condiciones generales e individuales del contrato de trabajo.

- Reglamento de trabajo
- Jornada, horario, y descansos semanales.
- Acuerdos en los que se pactaron derechos u obligaciones en favor de los trabajadores o aquellos que puedan crearlos.
- Constancia de pago de seguridad social de los trabajadores del último año.
- Constancia de cumplimiento de la seguridad en el trabajo.
- Indicar si existe sindicato de trabajadores.
- Señalar la existencia de requerimientos por parte de la UGPP.

Informes de planeación estratégica y buen gobierno

- Gobierno corporativo, conformación, misión, visión y objetivos
- Junta Directiva- Estructura y funcionamiento
- Código de ética y buena conducta
- Manejo de las relaciones comerciales con partes vinculadas y no vinculadas
- Análisis de riesgos de la sociedad y del negocio.
- Dirección y guía de situaciones donde exista conflicto de interés
- Proyectos de inversión, propuesta de acción y desarrollo de viabilidad económica.

6. Las reorganizaciones empresariales tienen en cuenta principalmente aspectos económicos, así como de competencia en el mercado, siendo esencialmente un medio de expansión y crecimiento empresarial, en el que se combinan recursos con el fin de alcanzar objetivos comunes, algunos de estos objetivos son:

- Obtener ahorros de procesos técnico administrativos

- Lograr sinergia y unificación de procesos operativos, llegando a mejorar las prácticas, conforme a los aportes que cada sociedad realice.
 - Incrementar liquidez y rentabilidad de los socios.
 - Crear una entidad más competitiva, que vincule eficazmente el *know how* de las sociedades participantes.
 - Ampliar oportunidades de crecimiento.
 - Acceso a nuevos y más competitivos mercados.
7. Se puede observar que antes de la promulgación de la Ley 6ª de 1992, no existía regulación expresa del régimen tributario de Fusiones y Escisiones. Este solo fue regulado a partir de la misma, por lo cual lo que se realizaba antes era una referencia normativa y legislativa al derecho mercantil y societario, para así derivar los efectos tributarios de estas normas.
 8. La Ley 6ª de 1992 incluye los artículo 14-1 y 14-2 al Estatuto Tributario, determinando que las operaciones de Fusiones y Escisiones se entendían como operaciones neutras a luz del derecho tributario, en virtud de la llamada “Cláusula de neutralidad fiscal”, cláusula que entendía que dichas operaciones no eran consideradas enajenaciones y por lo tanto no estaban gravadas con impuesto.
 9. La Ley 1607 de 2012 se expide de la necesidad de reglamentar las denominadas operaciones de “internacionalización” de activos y de negocios colombianos, en virtud de las cuales, los activos patrimoniales relativos a la riqueza creada y poseída en Colombia se destinaban a operaciones fuera del territorio nacional, dentro de las cuales implicaban la salida de bienes colombianos a través de aportes en sociedades y

entidades en el extranjero, encuadrándose las mismas dentro de las reglas de los artículos 14-1 y 14-2 del Estatuto Tributario, lo que permitía sustraerse del régimen impositivo colombiano.

10. En primera medida se establece en el artículo 319-5 del Estatuto Tributario que las operaciones de Fusiones o Escisiones reorganizativas deben realizarse entre partes vinculadas y esta condición estará acorde con el artículo 260-1 del Estatuto Tributario, es decir se considera que existe vinculación cuando un contribuyente se encuentra en cualquiera de los casos descritos en este artículo.

Además de los casos mencionados en este artículo, se mencionan algunos criterios de vinculación en el Decreto Reglamentario 3030 de 2013, el cual establece que existe vinculación cuando:

- a. De conformidad con lo señalado en el numeral V del literal b del numeral 1° del artículo 260-1 del Estatuto Tributario, se considera que existe vinculación, cuando en dos o más entidades una persona natural o jurídica, o una entidad o esquema de naturaleza no societaria, aunque no se encuentre vinculada por capital, tenga derecho a percibir directa o indirectamente más del cincuenta por ciento (50 %) de las utilidades de una sociedad.
- b. De conformidad con lo señalado en el literal b del numeral 5 del artículo 260-1 del Estatuto Tributario, se considera que existe vinculación económica, cuando la operación tiene lugar entre dos subordinadas que pertenezcan directa o indirectamente en más del cincuenta por ciento (50

%) a una misma persona natural o jurídica, o entidades o esquemas de naturaleza no societaria.

- c. De conformidad con lo señalado en el literal g del numeral 5 del artículo 260-1 del Estatuto Tributario, se considera que existe vinculación económica cuando existan consorcios, uniones temporales, cuentas en participación, otras formas asociativas que no den origen a personas jurídicas y demás contratos de colaboración empresarial, cuando los mismos celebren operaciones con vinculados de uno o cualquiera de los miembros, en relación con el objeto del consorcio, unión temporal, cuentas en participación u otras formas asociativas, caso en el cual las obligaciones relativas al régimen de precios de transferencia deberán ser cumplidas por el miembro del consorcio, unión temporal, cuentas en participación u otras formas asociativas respecto de quien predique la vinculación..
11. Igualmente, la ley aumenta el porcentaje exigido a los accionistas para que aplique el régimen excepcional de neutralidad, pasando del setenta y cinco por ciento (75%) requerido en las adquisitivas, al ochenta y cinco por ciento (85%) en las reorganizativas.
 12. De la misma forma, aumenta el requisito de las contraprestaciones que tienen que recibir los accionistas en este tipo de reorganizaciones, ya que pasa de un noventa por ciento (90%) a un noventa y nueve por ciento (99%), el cual deberá estar representado en acciones o cuotas de interés en la sociedad nueva.

13. Las Fusiones o Escisiones, sean adquisitivas o reorganizativas, que no cumplan con las condiciones y los requisitos señalados, constituyen enajenación para efectos tributarios y están gravadas con el impuesto sobre la renta y complementarios, de acuerdo con las normas aplicables a la enajenación de activos fijos, establecida en el artículo 319-8 del Estatuto Tributario.
14. Consideramos que lo establecido en el parágrafo del artículo 319-8 del Estatuto Tributario debe ser reglamentado a través de Decreto Reglamentario, para facilitar la interpretación de la excepción y de las condiciones para que una operación de Fusión o Escisión no sea considerada como una enajenación, ya que pareciera que la intención del legislador fuera una y la de la Administración otra.

para el legislador de acuerdo con las ponencias en Cámara y Senado la norma se expidió con fin de permitirle a los contribuyentes adaptar las estructuras formales de las sociedades de tal manera que se optimizarán procesos de reorganización sin poner obstáculos tales como más impuestos adicionales , esto porque podría limitarse las operaciones de Fusión o Escisión, y la sensación que deja entrever la Administración es que sin importar cuál es el sentido y el espíritu de la Ley, la DIAN busca recaudar impuestos sin entender la lógica y la dinámica empresarial, en el mundo.
15. Como novedad se debe resaltar que en el artículo 319-9 del Estatuto Tributario, se establece un régimen de responsabilidad solidaria en los tributos, sanciones, intereses de mora, anticipos, retenciones, contingencias y demás obligaciones tributarias, a cargo de las entidades participantes en la Fusión, y en el caso de las Escisiones las entidades beneficiarias serán solidariamente responsables con la escidente por la totalidad de los tributos, sanciones, intereses de mora, anticipos, retenciones,

contingencias y demás obligaciones tributarias, a cargo de la entidad escidente en el momento en que la Escisión se perfeccione, por lo cual se incluye también la responsabilidad solidaria³³ para el caso de las Fusiones y no solamente en el caso de las Escisiones, como lo indicaba la normatividad anterior.

16. Respecto al tema abordado en este documento, la Ley 1819 de 2016 no modificó el régimen tributario de Fusiones y Escisiones, dejando vigente las normas de la Ley 1607 de 2012 estipuladas anteriormente.
17. Consideramos igualmente, que la diferenciación de regímenes de Fusiones o Escisiones adquisitivas o reorganizativas, es innecesario ya que de la lectura de los artículos 319-4 y 319-6, los cuales consagran los efectos de las reorganizaciones empresariales, las normas son iguales salvo, el numeral 4 del artículo 319-4 del Estatuto Tributario limitación que solamente esta para las adquisitivas y no para reorganizativas, el cual establece que no se pueden transferir a ningún título los activos que hacen parte de la sociedad resultante del proceso de Fusión o Escisión. Se ve innecesario considerar dos regímenes independientes los cuales solo se diferencian en el criterio de vinculación de las sociedades objeto de la reorganización. Por lo cual, a nuestro modo de ver es añadirle al régimen complejidad y confusión innecesaria.

Por el contrario, se debería regular más a fondo este régimen de reorganizaciones empresariales, porque existen más tipos de reorganizaciones que la Fusión y la Escisión.

³³ Es aquella en la cual concurren varios acreedores o varios deudores, o simultáneamente, de manera que cada acreedor puede pedir el cumplimiento de la prestación de una obligación y el deudor debe cumplir en su totalidad e íntegramente con las prestaciones objeto de la obligación.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Andrade Otaiza, J. é. (1995). Escisión de sociedades mercantiles. Ediciones jurídicas Radar.

Cerdá, A. (1993). Escisión de la sociedad anónima,. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Comisión de Expertos para la Equidad y la Competitividad Tributaria. (2015). Informe final presentado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En C. d. Tributaria, Informe final presentado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (pág. 7). Bogotá.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN. (1988). Concepto Tributario 13608 de 1988. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN. (1993). Codex Año 5 número 22. Bogota: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN. (17 de diciembre de 2013). Centro Interamericano Jurídico y Financiero. Obtenido de cijuf.org.co: <https://www.cijuf.org.co/normatividad/oficio/2013/oficio-80768.html>

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN. (2014). Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN. (5 de febrero de 2015). dian.gov.co. Obtenido de Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN: <https://www.cijuf.org.co/normatividad/oficio/2015/oficio-3038.html-0>

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN. (02 de septiembre de 2015). dian.gov.co. (D. d. DIAN, Productor) Recuperado el 19 de marzo de 2017, de Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN: https://www.cijuf.org.co/sites/cijuf.org.co/files/normatividad/2015/ConDIAN%2025592_15.pdf

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN. (03 de mayo de 2016). dian.gov.co. (D. d. DIAN, Productor) Recuperado el 19 de marzo de 2017, de Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN: http://www.dian.gov.co/_05256fba00815fe5.nsf/0/cd335b1d2d2c0d2705257fcc0058e49c?OpenDocument&Highlight=2,articulo,319-3

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (11 de 11 de 2013). Centro Interamericano Jurídico Financiero. (D. d. Nacionales, Productor) Recuperado el 19 de 03 de 2017, de cijuf.org.co: <https://www.cijuf.org.co/normatividad/concepto/2013/concepto-70848.html>

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN. (16 de febrero de 2015). dian.gov.co. Obtenido de <https://www.cijuf.org.co/normatividad/oficio/2015/oficio-4364.html-0>

Instituto Colombiano de Derecho Tributario. (1993). Exposición de Motivos Ley 6ª de 1992. Revista ICDT N° 43 de 1993.

Instituto Colombiano de Derecho Tributario. (1993). La reforma tributaria de 1992- Revista número 43. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2012). Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Obtenido de Ministerio de Hacienda y Crédito Público: http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty;jsessionid=nIgraKIjJKfmzuBozGpMR9L10xTaya4GFm_ig8D1ksLcE4CE_6zI!508618735?nodeId=%2FOCS%2FMIG_6012612.PDF%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2014). Decreto 2688 del 23 de diciembre de 2012. Obtenido de Presidencia.gov.co: <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/decretos/2014/Decretos2014/DECRETO%202688%20DEL%2023%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202014.pdf>

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2014). Decreto 2688 del 23 de diciembre de 2012. Obtenido de Presidencia.gov.co: <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/decretos/2014/Decretos2014/DECRETO%202688%20DEL%2023%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202014.pdf>

Ministerio de Industria y Comercio. (27 de julio de 1950). Sistema único de información normativa. (M. d. Comercio, Editor) Recuperado el 12 de marzo de 2017, de Sistema único de información normativa: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1459526>

Motos Guirao, M. (1953). Fusión de sociedades Mercantiles. Madrid, España: Revista de Derecho Privado.

Parra Escobar, A. (2011). planeación tributaria y organización empresarial. Bogotá: Legis.

Pinzón, J. G. (1982). Sociedades Comerciales, Volumen 1, Teoría General. Bogotá, Colombia: Temis.

Reyes Villamizar, F. (2000). Transformación, Fusión y Escisión de Sociedades. Bogotá, Colombia: Temis.

Reyes Villamizar, F. (2002). Derecho Societario, Tomo 2. Bogotá, Colombia: Temis.

Rodríguez Rodríguez, J. (1971). Tratado de sociedades mercantiles. Tomo I. México, México: Porrúa.

Secretaría del Senado. (1950). Decreto Reglamentario 2521 de 1950, Capítulo X, Transformación y Fusión de sociedades anónimas,. En S. d. Senado.

Secretaría del Senado de la República. (05 de 12 de 2009). Secretaría del Senado. Obtenido de Secretaría del Senado: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1258_2008.html#30

Senado y Cámara de Representantes de la República de Colombia. (05 de octubre de 2012). Senado de la República. Obtenido de Gaceta del Congreso de la República: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

Sistema Único de Información Normativa. (30 de junio de 1992). Sistema Único de Información Normativa. Obtenido de Sistema Único de Información Normativa: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1561979>

Superintendencia de Sociedades. (2009). Oficio 220-084968. Bogotá, Colombia.

Superintendencia de Sociedades Anónimas. (1949). Revista Número 29. En S. d. Anónimas.

Superintendencia de Sociedades. (1993). ESCISION DE SOCIEDADES. Boletín jurídico No. 1. Bogotá, Colombia.