

ALGUNAS CONSIDERACIONES DE RIESGO TRIBUTARIO EN LAS OPERACIONES DE
M&A EN COLOMBIA



JUAN CARLOS PADILLA ROZO



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO TRIBUTARIO
VILLAVICENCIO

2024

ALGUNAS CONSIDERACIONES DE RIESGO TRIBUTARIO EN LAS OPERACIONES DE
M&A EN COLOMBIA

JUAN CARLOS PADILLA ROZO

Artículo académico presentado como requisito para optar al título de Especialista en Derecho
Tributario

Asesor

Mg. RODRIGO CORTÉS BORRERO

Magister en Derecho contractual público y privado

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO TRIBUTARIO
VILLAVICENCIO

2024

Autoridades Académicas

P. Álvaro José ARANGO RESTREPO, O. P.

Rector General

P. Mauricio Antonio CORTÉS GALLEGO, O. P.

Vicerrector Académico General

P. José Antonio BALAGUERA CEPEDA, O. P.

Rector Seccional Villavicencio

P. Rodrigo GARCIA JARA, O. P.

Vicerrector Académico Seccional Villavicencio

Mg. JULIETH ANDREA SIERRA TOBON

Secretaria de División Seccional Villavicencio

Mg. RODRIGO CORTES BORRERO

Decano de la Facultad de Derecho

Dedicatoria

A mi esposa Carolina, mis hijos Tomas y Juan, la fortaleza, energía e iluminación que guía cada decisión y el camino que he emprendido, mi apoyo constante y amor decidido.

A mis padres, pues sin su apoyo inicial, mis triunfos serían ilusiones y sueños sin realizar.

Contenido

<i>Resumen</i>	6
Palabras Clave:	6
<i>Abstract</i>	6
Key Words:	7
<i>Introducción</i>	7
1. Que es el M&A	8
2. La obligación tributaria y los procesos de M&A.....	9
2.1. Responsabilidad personal	10
2.2. Responsabilidad solidaria	10
2.3. Responsabilidad subsidiaria	11
E.....	11
3. Operaciones M&A	11
3.1. Compra del tarjet	12
3.1.1. <i>Sociedades tradicionales</i>	12
3.1.2. <i>Sociedades sometidas a régimen especial</i>	12
3.2. Reorganización empresarial.....	17
3.3. Fusiones	17
<i>Conclusiones</i>	23
<i>Referencias Bibliográficas</i>	24

Lista de tablas

Tabla 1. Tipos tradicionales de sociedades	12
Tabla 2. Tipos de sociedades sometidas a régimen especial.....	13

Lista de figuras

Figura 1. Clases de Fusión	18
Figura 2. Modalidades de Escisión	21

Resumen

Las operaciones de M&A se han consolidado por virtud del constante interés de fortalecimiento, competitividad y sostenibilidad empresarial. Todo esto, al interior de un mercado que requiere mejorar la rentabilidad de las organizaciones y beneficiarse a futuro del exigente entorno político, comercial, de mercado y jurídico de incertidumbre.

Sin embargo, las mismas operaciones y negocios traen riesgos asociados al acto jurídico en sí mismo visto y realizado, como también por el histórico transcurrir del desarrollo del objeto social empresarial o de los negocios que en el pasado ejecuto el anterior interviniente en la operación de M&A.

La adquisición de acciones (tarjet empresarial), las fusiones y escisiones de las organizaciones, deben conocerse no solo desde su ámbito estructural, sino también a partir de los efectos jurídico-tributarios que están inmersos y aparejados a su concreción.

Por lo anterior, se presentan brevemente cada una de las alternativas y posibilidades de adquisición, fusión o escisión de empresas, para mostrar sus efectos en el mundo impositivo y los riesgos tributarios asociados por solidaridad o por virtud de la misma operación a realizar.

Palabras Clave: M&A, fusiones, compra de tarjet, escisiones, Sociedades, obligación tributaria, responsabilidad personal, responsabilidad solidaria, responsabilidad subsidiaria.

Abstract

M&A operations have been consolidated due to the constant interest in strengthening, competitiveness, and business sustainability. All this, within a market that requires improving the profitability of organizations and benefiting in the future from the demanding political, commercial, market and legal environment of uncertainty

However, the same operations and businesses bring risks associated with the legal act itself seen and carried out, as well as due to the historical course of the development of the corporate purpose or of the businesses that in the past executed the previous party involved in the M&A transaction.

The acquisition of shares (business card), the mergers and demergers of organizations, must be known not only from their structural scope, but also from the legal and tax effects that are involved and associated with their implementation.

Therefore, each of the alternatives and possibilities for acquiring, merging or dividing companies are briefly presented, to show their effects on the tax world and the associated tax risks out of solidarity or by virtue of the same transaction to be carried out.

Key Words: M&A, mergers, card purchases, splits, Companies, tax obligation, personal liability, joint and several liability, subsidiary liability.

Introducción

En los procesos de M&A (Mergers and Acquisitions) o Fusiones/Escisiones y adquisiciones de empresas, surgen diversas situaciones, entre estas, que posteriormente al negocio jurídico realizado aparezcan eventos no determinados en los procesos de due diligence, lo que causa consecuencias adversas, las cuales es necesario analizar, comprender y resolver.

La importancia del Due Diligence o debida diligencia (en adelante DD) es que se trata de un servicio de consultoría en transacciones, especializado en brindar una visión objetiva e independiente, a partir de un proceso estructurado de indagación y revisión, que permite confirmar supuestos de la compañía objetivo, tales como: funcionamiento del negocio, la generación de ingresos, gastos y flujo de efectivo, análisis de las unidades de negocio por parte de la gerencia y operaciones con partes relacionadas y socios; así como el análisis de la situación actual de la compañía en materia contable, financiera, legal, tributaria, seguridad social y laboral, ambiental. Tomado de Fusiones y Adquisiciones en Colombia. Pwc Colombia.

Son diversas las operaciones o transacciones que pueden realizarse, con sus propios riesgos y con la necesidad de realizar la debida diligencia, entre estas están la compra del target, fusiones, escisiones, entre otras. En las cuales se crean, desaparecen o fortalecen las empresas.

Los riesgos derivados de tales operaciones se exhiben desde las distintas especialidades del derecho, tales como le comercial, laboral, administrativo, pero también y con un alto impacto, para los partícipes de estos procesos, se encuentra el ámbito del derecho tributario.

Acorde a lo anterior, se presentan algunas de las operaciones de M&A que existen en el mercado, para verificar algunos aspectos impositivos que giran en torno a estas operaciones, especialmente en cuanto a los riesgos para los partícipes de estas.

Todo lo anterior, tiene como objetivo llamar la atención frente a los proceso de adquisición, fusión y escisión de empresas, los riesgos tributarios en relación con los partícipes y el due diligence (debida diligencia) tributario que perita formalizar tales operaciones de manera segura para quienes tienen interés en participar en estas.

1. Que es el M&A

Para efectos prácticos, esta es la sigla en inglés de Mergers and Acquisitions y su traducción se reduce, pero sin limitarse a estas, a operaciones de fusión, escisión y adquisición de empresas.

No se trata de acciones u operaciones de poca importancia, pues se ha definido que:

Las fusiones y adquisiciones son los modos más populares de crecimiento empresarial externo. La sostenibilidad de las empresas, que busca la rentabilidad presente sin comprometer la capacidad de obtener beneficios en el futuro, se ha visto sometida a serios desafíos en un entorno de incertidumbre. (Ogendo & Ariemba, 2022, pág. 35).

Las alternativas aplicables bajo el amparo del concepto M&A, están dirigidas al mejoramiento de las capacidades empresariales, posicionamiento, procesos de expansión industrial o de mercado, fortalecimiento e innovación; es decir, el avance y crecimiento empresarial.

Es bajo estas maniobras que las organizaciones de manera estratégica y sustentadas en la ley, se proyectan y compiten desde cada uno de los sectores en cuales se desempeñan al interior de la economía, dinamizándose constantemente.

2. La obligación tributaria y los procesos de M&A

La obligación tributaria, deber constitucional contenido en el literal 9° del artículo 95 de la Constitución Política de Colombia, en donde las personas deben “*Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad*”, corresponde a los contribuyentes o responsables directos del pago de los tributos. Esto es, bajo la relación jurídico-tributaria, que comprende un conjunto de deberes y obligaciones formales, con el objetivo de obtener el pago del tributo (Cermeño C, De Bedout G., Andres G., & Clopatofsky D., 2017, pág. 22)

Acorde al artículo 2 del estatuto tributario, “son contribuyentes o responsables directos del pago del tributo, los sujetos respecto de quienes se realiza el hecho generador de la obligación sustancial”. Acorde a lo anterior, a lo largo del estatuto en mención y en desarrollo de distintos tributos, se determinan como contribuyentes no solo a personas naturales sino también a las jurídicas, que para el caso serán las sociedades cuya definición del Código de Comercio en su artículo 98, es un acto contractual (Decreto 410 de 1971), salvo en las sociedades por acciones simplificadas (SAS), cuando se constituyen por una sola persona.

Es precisamente en la clasificación y existencia de las sociedades, en donde se desarrollan las diversas las operaciones o transacciones de M&A objeto de análisis.

La constitución de las sociedades, requiere de elementos como lo son la definición legal, el consentimiento o acuerdo de voluntades, la pluralidad de socios, salvo en el caso de las SAS antes mencionado, aportaciones, ánimo de lucro y el *affectio societatis* a cuyo amparo entre los socios debe existir un elemento volitivo que consiste en el ánimo de asociarse con un propósito legal de colaboración (Martinez Neira, 2020, pág. 112).

Al interior del entramado de las relaciones entre los socios, entre estos y la sociedad, como de la sociedad en sí y sus compromisos frente a la obligación tributaria, nacen diversos compromisos y deberes en desarrollo de la relación jurídico-tributaria.

Es en este concurso de situaciones que se considera importante conocer los efectos tributarios de las determinaciones societarias de M&A

Es fundamental establecer algunos conceptos que servirán para la comprensión de los efectos, alcances, responsabilidades y demás efectos que derivan de las operaciones de M&A.

El artículo 3° del Estatuto Tributario contempla, aunque de manera no específica, quienes son los responsables tributarios, como “aquellas personas que, sin tener el carácter de contribuyentes, deben cumplir obligaciones de éstos por disposición expresa de la ley” (Decreto 624 de 1889). A partir de esta definición, surgen un conjunto de responsabilidades como las que se relacionan a continuación, las cuales son esenciales para analizar y determinar los riesgos de las operaciones objeto de estudio, tanto desde la perspectiva del Derecho comercial, como desde la perspectiva del Derecho Tributario

2.1. Responsabilidad personal:

Se trata de la responsabilidad directa del pago del tributo, esto es “ los sujetos respecto de quienes se realiza el hecho generador de la obligación sustancial” (Decreto 624 de 1889). Se trata de quien siendo persona natural o jurídica, es el inmediato comprometido del pago del tributo, asumiendo por tanto, en la misma proporción responsabilidades

2.2. Responsabilidad solidaria:

Esta responsabilidad busca “extender el ámbito de la responsabilidad tributaria, de manera que pueda ser exigida directamente a otros sujetos distintos del principalmente obligado” (Cermeño C, De Bedout G., Andres G., & Clopatofsky D., 2017, pág. 33).

Los artículos 793 y 794 del Estatuto Tributario, contemplan que:

Responden con el contribuyente por el pago del tributo ..., c. La sociedad absorbente respecto de las obligaciones tributarias incluidas en el aporte de la absorbida; d. Las sociedades subordinadas, solidariamente entre sí y con su matriz domiciliada en el exterior que no tenga sucursal en el país, por las obligaciones de ésta...

..., 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. (Decreto 624 de 1889)

Se regula entonces en las normas anteriores, la denominada responsabilidad solidaria de los socios por los impuestos de la sociedad y se hace expresa exclusión de esta solidaridad a las sociedades anónimas o sus asimiladas, lo que está sustentado en las características especiales que más adelante serán presentadas.

2.3. Responsabilidad subsidiaria:

Esta modalidad de responsabilidad “supone que a cada deudor solo puede exigírsele la deuda si el obligado principal no responde” (Cermeño C, De Bedout G., Andres G., & Clopatofsky D., 2017, pág. 33)

Así las cosas, establecidas las responsabilidades de los obligados tributarios, será del caso desplegar y revisar algunas de las operaciones de Mergers and Acquisitions, para lo cual igualmente será objetivo establecer sus efectos y las responsabilidades en el ámbito del campo del tributo y en relación con algunas normativas aplicables y cuyos efectos se surten en cada caso de tales operaciones.

3. Operaciones M&A

Las alternativas de M&A como mecanismos de fortalecimiento empresarial y de su ejecución, surgen también diversos efectos jurídicos a establecer y analizar. Entre estas están V.Gr., la denominada *compra del Tarjet*, cuya ejecución dependerá del tipo societario sobre el cual se ha estructurado cada empresa. Igualmente, se cuenta con la fusión y escisión de empresas, la creación de estas y la transferencia de sus recursos.

Cada una de las anteriores operaciones, cuentan con su propia regulación, con efectos de naturaleza económico, comercial y jurídico (comercial, laboral, tributario, entre otras); en este escrito, será objeto de estudio, el ámbito tributario correspondiente.

Aunque son diversas las modalidades de M&A, se revisarán las operaciones de compra del Tarjet, la fusión y la escisión de empresas y los efectos tributarios de estas transacciones. Para tal

efecto, se resumirá conceptualmente a que corresponde cada una y desde allí se establecerán los compromisos y efectos tributarios a que hay lugar.

3.1. Compra del tarjet

Se trata de la operación mediante la cual se realiza la negociación de acciones, cuotas, parte de interés y derechos sobre sucursales de sociedades extranjeras.

Para la comprensión de dichas transacciones, se requiere rememorar los tipos societarios que existen y están regulados en la legislación, cuya fuente proviene del desarrollo de lo que se ha conocido como el acto jurídico societario (Martinez Neira, 2020, pág. 1), que deriva del acuerdo de voluntades, para este caso, el de los socios.

Una clasificación sencilla de algunos tipos de sociedades serían los que se muestran a continuación:

3.1.1. *Sociedades tradicionales*

Sociedad colectiva, en comandita simple o por acciones, anónimas y de responsabilidad limitada

3.1.2. *Sociedades sometidas a régimen especial*

Sociedades por acciones simplificada, de economía mixta y de Beneficio de Interés Colectivo (BIC)

Tabla 1. *Tipos tradicionales de sociedades*

Denominación	Requisitos	Número de socios	Responsabilidad
Sociedades Colectivas	Carácter intuito personae de los socios	Mínimo dos (2)	Todos los socios de la sociedad en nombre colectivo responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita. Regulado en artículo 294 del Código de Comercio Colombiano (Decreto 410 de 1971) Sin embargo, existe la responsabilidad subsidiaria

Tabla 1. Continuación

Sociedades Comanditarias	<p>Tiene dos clases de socios, Los Gestores y los Comanditarios</p> <p>Cuenta con dos subtipos de sociedades comanditarias: simples y por acciones.</p>	<p>Comandita simple: uno o más gestores y uno o más comanditarios (Mínimo un socio en cada clase)</p> <p>Comandita por acciones: Mínimo 5 accionistas comanditarios</p> <p>Uno o más gestores (administradores)</p>	<p>La sociedad en comandita se formará siempre entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominarán socios gestores o colectivos y los segundos, socios comanditarios regulado en el artículo 323 del Código de Comercio Colombiano. (Decreto 410 de 1971). Igualmente existe responsabilidad subsidiaria</p>
Sociedades de responsabilidad limitada	<p>Puede ser socio cualquier persona y tendrán cuotas de participación según su aporte.</p>	<p>Los socios serán mínimo dos (2) y no excederán de veinticinco (25).</p>	<p>los socios responderán hasta el monto de sus aportes. En los estatutos podrá estipularse para todos o algunos de los socios una mayor responsabilidad o prestaciones accesorias o garantías suplementarias, expresándose su naturaleza, cuantía, duración y modalidades el cual se regula en el artículo 353 del Código de Comercio Colombiano. (Decreto 410 de 1971)</p>

NOTA. Son los tipos de sociedades tradicionales, que se han regulado normativamente en el Código de Comercio, en donde se presentan el conjunto de requisitos para su estructuración, y características básicas o esenciales. La información ha sido tomada directamente de la mencionada norma

Tabla 2. Tipos de sociedades sometidas a régimen especial

Denominación	Requisitos	Número de socios	Responsabilidad
Sociedad por acciones simplificada	<p>Acta privada de constitución (Ley 1258 de 2008)</p> <p>Puede desarrollar cualquier actividad lícita</p>	<p>5 accionistas</p> <p>Puede ser uno solo o más</p>	<p>Solidaria hasta el límite de sus aportes, salvo que sociedad de capitales (acciones) - Para efectos tributarios, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las reglas aplicables a las sociedades anónimas (Ley 1258 de 2008).</p>
Sociedades de economía mixta	<p>Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado lo cual esta así regulado en el artículo 461 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971)</p>		<p>En las sociedades de economía mixta los aportes estatales podrán consistir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que la misma emita, auxilios especiales, etc. El Estado también podrá aportar concesiones. Cuando los aportes estatales sean del noventa por ciento (90%), o más del capital social, las sociedades de economía mixta se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado</p>

Tabla 2. Continuación

Sociedades de Beneficio de Interés Colectivo (BIC) (Ley 1901 de 2018)	Cualquier sociedad comercial existente o futura de cualquier tipo establecido por la ley, podrá adoptar voluntariamente la condición de sociedad de “Beneficio e Interés Colectivo” (BIC)	Son híbridas. además del beneficio e interés de sus accionistas, actuarán en procura del interés de la colectividad y del medio ambiente.
---	--	--

NOTA. Se resume el conjunto de sociedades con un régimen o tratamiento especial de índole jurídico, sus requisitos y características básicas. Se han regulado en desarrollos normativos como lo son la ley 1901 de 2018, la ley 1258 de 2008 y el Código de Comercio

Las distintas tipologías societarias se encuentran normadas en el Código de Comercio y algunas normas reglamentarias, de donde se obtuvo la estructura del anterior cuadro explicativo y también de la doctrina (Baena Cardenas, 2021).

Dependiendo del tipo de sociedad que se trate, la compra del Tarjet se resume en la negociación de acciones, cuotas, parte de interés y derechos sobre la sociedad.

Grandes consecuencias habrá que analizar, en tanto y cuanto de la negociación de acciones y del tipo societario en el proceso de adquisición del Tarjet, se cause. Esto por los efectos para el adquirente del tarjet objeto de adquisición, lo que requerirá de la realización de un due diligence tributario, que mitigue los riesgos de la solidaridad en los cuales puede verse envuelto.

En las sociedades colectivas, por ejemplo, se tiene que un elemento esencial es la responsabilidad solidaria e ilimitada de sus socios, por las obligaciones contraídas por la sociedad por el desarrollo de las actividades constitutivas de su objeto social o como consecuencia de la existencia y actividad de la sociedad (Baena Cardenas, 2021, pág. 31). Por lo anterior, podría concluirse que, en relación con la sociedad, los socios serán responsables solidarios por las obligaciones tributarias de la persona jurídica.

Es de recordar, la responsabilidad que como agente retenedor y desde la perspectiva de la sociedad, nace en desarrollo del artículo 370 del Estatuto Tributario, por cuanto quien ostente la calidad de agente retenedor, podrá ser objeto de acción de cobro, por omisión de su obligación formal, como se establece a continuación, lo cual, bajo ciertas condiciones, tendrá la vocación de trasladarse a sus socios.

Es necesario recordar que son agentes de retención o de percepción, las entidades de derecho público, os fondos de inversión, los fondos de valores, los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, los consorcios, uniones temporales, las comunidades organizadas y las

demás personas naturales o jurídicas, sucesiones ilíquidas y sociedades de hecho, que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuáles deben, por expresa disposición legal, efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente, acorde a lo establecido en el artículo 368 del Estatuto Tributario. (Decreto 624 de 1889)

Ahora bien, los agentes que no efectúen la retención, son responsables con el contribuyente. No realizada la retención o percepción, el agente responderá por la suma que está obligado a retener o percibir, sin perjuicio de su derecho de reembolso contra el contribuyente, cuando aquel satisfaga la obligación, en los términos contemplados en el artículo 370 del Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1889)

Cobra relevancia lo antes mencionado, pues la solidaridad de los vinculados económicos por retención, estima que, efectuada la retención o percepción, el agente es el único responsable ante el fisco por el importe retenido o percibido salvo en los casos que haya vinculación económicas entre retenedor y contribuyente. Esta vinculación existe entre las sociedades de responsabilidad limitada y asimiladas y sus socios o coparticipes según se establece en el artículo 372 del Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1889). En cuanto a las sociedades de responsabilidad limitada el Código de Comercio regula en su artículo 353 la responsabilidad de los socios, aspecto que llama la atención, pues existe comercialmente un límite de responsabilidad solidaria desde la perspectiva comercial, pero en cuanto a la responsabilidad tributaria esta varia, acorde al 372 del Estatuto Tributario comercialmente se ha establecido que, “En las compañías de responsabilidad limitada los socios responderán hasta el monto de sus aportes”.

En los estatutos podrá estipularse para todos o algunos de los socios una mayor responsabilidad o prestaciones accesorias o garantías suplementarias, expresándose su naturaleza, cuantía, duración y modalidades.

La responsabilidad de los socios en las sociedades de responsabilidad limitada, desde la perspectiva del derecho comercial está limitada, lo cual no se observa tarifado de igual manera, en tanto se trata de la responsabilidad tributaria, pues en este caso, tal responsabilidad se verifica es ampliada.

Es necesario comprender cuales son las personas jurídicas asimiladas a otras y para tal efecto la palabra “asimiladas” debe entenderse en su sentido más obvio, salvo que el legislador las haya definido expresamente, caso en el cual primará el significado legal otorgado.

Se encuentra regulado en el artículo 13 del Estatuto Tributario, que “se asimilan a sociedades de responsabilidad limitada: las sociedades colectivas, las en comandita simple, las sociedades ordinarias de minas, las sociedades irregulares o de hecho de características similares a las anteriores, las comunidades organizadas, las corporaciones y asociaciones con fines de lucro y las fundaciones de interés privado” (Decreto 624 de 1889)

Así mismo, se puede observar en el artículo 14 del mismo estatuto que, “Se asimilan a sociedades anónimas, las sociedades en comandita por acciones y las sociedades irregulares o de hecho de características similares a unas u otras” (Decreto 624 de 1889)

La sociedades por acciones simplificadas, cuenta con su propio régimen establecido en el artículo 3 de la ley 1258 de 2008, en donde se establece que “Para efectos tributarios, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las reglas aplicables a las sociedades anónimas” (Ley 1258 de 2008).

Recogiendo el concepto mencionado anteriormente en relación con la responsabilidad solidaria, esto es los artículos 793 y 794 del Estatuto tributario, salvo en las sociedades anónimas o sus asimiladas, los socios responden por con el contribuyente o, dicho de otra forma, responden por las obligaciones de la sociedad a la cual pertenecen.

La adquisición del tarjet de una sociedad, como mecanismo de inversión por sus riesgos y efectos, requiere de un adecuado proceso anticipado de due Diligence tributario, esto por virtud de la posición del socio en relación con las responsabilidades tributarias de la sociedad, sin perjuicio claro está de lo contenido en los artículo 793 y 794 del Estatuto Tributario, en donde se establece que, “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. (Negrillas fuera de texto)

Los socios, entonces, responderían solidariamente por el tiempo que fueron titulares de las acciones o participaciones en la persona jurídica, cuando no se trate de aquellas sociedades y sus asimiladas en donde los socios no tienen responsabilidad solidaria acorde a la ley.

3.2. Reorganización empresarial

Se trata de los procesos empresariales mediante los cuales se realizan cambios significativos a la estructura de la organización, estratégica y financieramente. Su fin está enfocado al mejoramiento de sus procesos, la eficiencia y rentabilidad adaptándose a los cambios de la economía, el mercado, la política, entre otros. financiera, con el objetivo de mejorar su eficiencia y rentabilidad, o para adaptarse a los cambios del mercado y mantener su competitividad.

Varias alternativas surgen en cuanto a reorganización empresarial, sin embargo, se hará referencia a dos de estas, que cuentan con amplio tratamiento y uso en el mundo del M&A, esto es, las fusiones y las escisiones empresariales.

3.3. Fusiones

Se erigen como una estrategia empresarial de fortalecimiento y solución a las diferentes situaciones en las cuales se ven envueltas las sociedades por eventos del mercado, del cambio normativo, tributario, político y social, acorde a lo anterior, la fusión surge, acorde a lo que se afirma en (Martinez Neira, 2020, pág. 417):

Cuando una sociedad absorbe financiera y jurídicamente el patrimonio y la empresa de otra u otras, quienes por ministerio de la Ley quedan por este hecho disueltas, sin necesidad de liquidar su patrimonio, el que pasa a la sociedad o sociedades absorbentes

El artículo 172 del Código de Comercio establece que, “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 adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.” (Decreto 410 de 1971)

Lo que es más importante de la fusión, es que representa la extinción de una o varias sociedades y también la consolidación patrimonial en una nueva o en otra ya existente (Baena Cardenas, 2021, pág. 543). Por lo que es en este punto, en el cual habrá necesidad de determinar los efectos tributarios que surgen con la fusión, pues se trata de distintas personas jurídicas, con un conjunto de obligaciones tributarias vigentes antes, durante y posteriormente a la fusión. Es posible que algunos de los compromisos tributarios no estén en firme o que aún se encuentren vigentes los términos para ser objeto de fiscalización.

3.3.1. Clases de fusiones

A partir de las diferentes alternativas que surgen cuando se estructura una fusión, pueden darse distintas modalidades o clases de estas, las cuales nacen a la vida jurídica dependiendo de los efectos que se dan en el transcurso de su trámite.

Figura 1. *Clases de Fusión*



NOTA. Pueden observarse en la anterior ilustración, las distintas clases o posibilidades de fusión, las cuales se desarrollarán más adelante en cuanto atiende a los aspectos tributarios que pueden darse por virtud de estas.

La fusión por absorción, se presenta cuando una sociedad absorbe o incorpora el patrimonio de otra u otras, al igual que los socios y la totalidad de los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades absorbidas (Baena Cardenas, 2021, pág. 544).

Por su parte, la fusión por creación se presenta cuando dos o más sociedades se disuelven y funden la totalidad de su patrimonio en una nueva sociedad que las sucede en todos sus derechos y obligaciones. (Baena Cardenas, 2021, pág. 545)

La fusión impropia y reconstitución, proviene de una sociedad disuelta en la cual por acuerdo unánime de los socios prescinde de hacer la liquidación y en su lugar crea una nueva sociedad para continuar los negocios de la sociedad disuelta, siempre que no existan variaciones en el giro de sus actividades o negocios, y que la decisión y operación se lleva a cabo dentro de los seis (6) meses siguientes a la disolución (Baena Cardenas, 2021, pág. 545)

Las fusiones entre sociedades nacionales y extranjeras, emana de la absorción de una sociedad nacional por parte de una domiciliada fuera del territorio nacional. Sin embargo, se requiere que se abra una sucursal en Colombia que continúe con el objeto social de la sociedad absorbida y además esta, asuma sus obligaciones. (Baena Cardenas, 2021, pág. 548)

Cuando la sociedad se encuentra en proceso de reorganización empresarial en los términos establecidos en los artículos 17 y 44 de la ley 1116 de 2006, se ha facilitado que cuando la reforma estatutaria de fusión se ha considerado en el acuerdo de reorganización, no habría impedimento para que, en el proceso, se lleve a cabo esta y, así no se haya considerado, podría modificarse el acuerdo, para así incluirlo. Es decir, que faculta la aplicación de la fusión, inclusive en los procesos de reorganización empresarial, se haya o no contemplado en el acuerdo de reorganización. (Ley 1116 de 2006)

Finalmente, la fusión abreviada de sociedades por acciones simplificadas (SAS), opera cuando una sociedad detenta el 90% de las acciones de una SAS, la primera podrá absorber a la segunda concretándose así una fusión. (Baena Cardenas, 2021, pág. 560)

La variedad de fusiones antes esbozadas, no solo tienen como efectos los derivados de cada una de sus modalidades, sino que determinan un conjunto de situaciones que se enmarcan en el derecho

laboral, comercial, pero para este caso y con mayor relevancia, para los efectos de este estudio, las consecuencias tributarias.

Se encontraban establecidos en el Estatuto Tributario (ET) en su artículo 14-1, los efectos tributarios de la fusión de empresas, más este fue objeto de derogatoria mediante la ley 1607 de 2012. Sin embargo, en el literal c) del artículo 793 del estatuto en mención, se ha establecido que “c. La sociedad absorbente respecto de las obligaciones tributarias incluidas en el aporte de la

absorbida”. Igualmente, en el literal d) se establece que “Las sociedades subordinadas, solidariamente entre sí y con su matriz domiciliada en el exterior que no tenga sucursal en el país, por las obligaciones de ésta”. (Decreto 624 de 1889)

Puede también encontrarse en el Estatuto Tributario, en relación con la compensación de las pérdidas fiscales de sociedades, que:

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 períodos gravables para compensar ya transcurridos y los límites anuales, previstos en la ley vigente en el período en que se generó y declaró la pérdida fiscal.

Mas adelante se realizara un breve análisis de los efectos tributarios de las fusiones, como expresión negocial de los procesos de reorganización empresarial.

3.4. Escisiones

Se trata de un acto contrario a la integración por fusión, en donde será del caso establecer si su concreción diluye las obligaciones impositivas radicadas en el ente principal, esto por cuanto, la escisión por definición en (Martinez Neira, 2020, pág. 449) , es la siguiente:

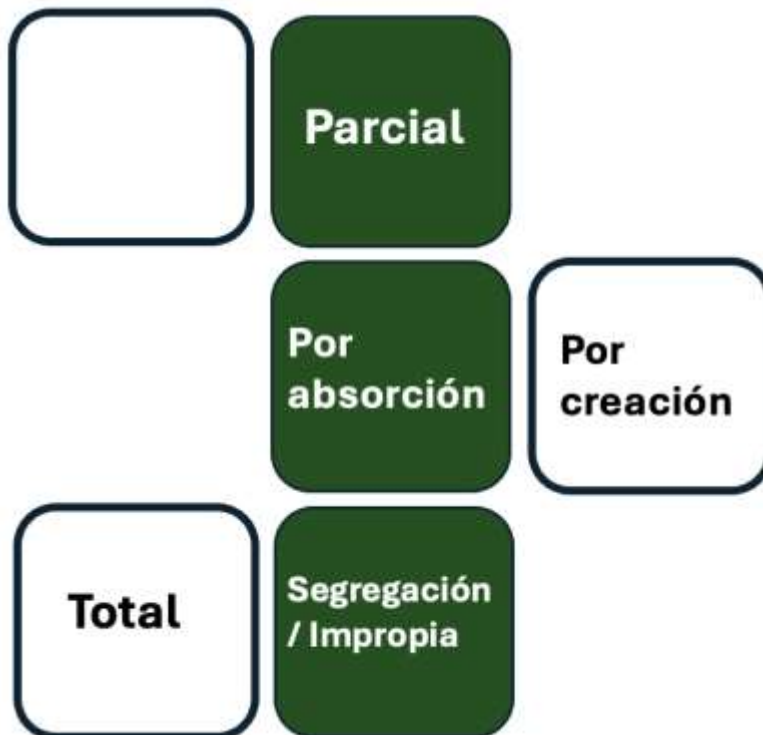
La escisión es un tipo de restructuración societaria que permite acordar una reforma estatutaria que, por oposición a las fusiones, da lugar a distintas empresas, que son asumidas por otra u otras sociedades que nacen de la sociedad escindida o por una o varias sociedades preexistentes. Así, los activos y pasivos de la empresa escindida se dividen en tantos patrimonios como sociedades nuevas surjan de la escisión o como sociedades preexistentes las absorban.

La escisión implica la división del patrimonio de una sociedad en dos o más partes (Baena Cardenas, 2021, pág. 562) Como efecto del acto jurídico en cuestión, surgen nuevas empresas o mejor los activos y pasivos de la sociedad escindida se divide en tantos patrimonios como sociedades surjan de la escisión o como sociedades preexistentes las absorban (Baena Cardenas, 2021, pág. 563)

3.4.1. Modalidades de escisión

Derivado del trámite de la escisión, pueden como resultado, estructurarse varias modalidades de esta.

Figura 2. Modalidades de Escisión



NOTA. Son diferentes las modalidades de fusión que se muestran en la figura, según el Código de Comercio

En la anterior ilustración se relacionan las distintas modalidades de escisión, de las cuales será interesante conocer los efectos y el destino de las obligaciones tributarias de esta reforma estatutaria enmarcada dentro del M&A, en especial en relación con las sociedades que de ella derivan según la modalidad que se trate.

3.5. Efectos tributarios de las fusiones y escisiones

Por tratarse de instituciones propias de las operaciones de reorganización empresarial, las fusiones y escisiones tienen un tratamiento específico en el Estatuto Tributario.

Las consecuencias tributarias de estos procesos de reorganización empresarial, se encuentran regulados en los artículos 319-3, 319-4, 319-5, 319-6, 319-7, 319-8 y 319-9 del ET, normas creadas por el Artículo 98 de la Ley 1607 de 2012, en donde se regulan tributariamente fusiones y escisiones adquisitivas cuando se trata de empresas o entidades no vinculadas, reorganizativas en tanto se trate de entidades vinculadas.

También se observa en las normas en mención, las fusiones y escisiones las gravadas; la regulación cuando se trata de entidades extranjeras y la responsabilidad solidaria.

En principio, en relación con el impuesto sobre la renta ni accionistas o sociedades participes de reorganización están convocadas a pagarlo, sin embargo, se condiciona este aspecto a que se cumplan las revisiones de los artículo 319-3 y 319-8 del ET (Estatuto Tributario).

Una aspecto interesante, entre otros que pueden observarse de los procesos de fusión y escisión, es por ejemplo la neutralidad fiscal, por ejemplo, en tanto para el caso de las fusiones la absorbente sea colombiana, mismo efectos que se tiene en el caso de la beneficiaria cuando de escisión se trata. Lo anterior, se concluye de la interpretación de los artículo 319-4, 319-6 y 319-8 del Estatuto tributario (Decreto 624 de 1889).

Existe al parecer una neutralidad fiscal en las operaciones de M&A en procesos de reorganización, siempre y cuando se cumplan las condiciones y requisitos consagrados en los artículos 319-3 al 319-6 del Estatuto Tributario, lo cual se concluye de la lectura del artículo 319-7 del mismo estatuto:

Las fusiones y escisiones, ya sean adquisitivas o Re organizativas, 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. (Decreto 624 de 1889)

Otro aspecto para resaltar frente a estas operaciones de reorganización empresarial, sobre el cual debe tenerse especial cuidado y ante estas operaciones contar con un Due Diligence tributario adecuado, esto es la responsabilidad solidaria. Sobre este particular, se tiene la norma que se transcribe a continuación:

Responsabilidad solidaria en casos de fusión y escisión. En todos los casos de fusión, las entidades participantes en la misma, incluyendo las resultantes 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, acorde al artículo 98 de la ley 1607 de 2012

Como se manifestó al principio de este escrito, cuando se mencionó la solidaridad como un elemento fundamental de análisis, cuando se trata de los procesos de M&A, es ahora frente a los negocios cuyo fin es la reorganización empresarial por fusión o escisión, en donde se observa que existe norma especial del Estatuto Tributario que regula la solidaridad las entidades participantes y las entidades beneficiarias

Cuando se trata de fusiones, 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, acorde al artículo 319-9 Estatuto Tributario; en tanto se trate de escisiones, 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 (Decreto 624 de 1889)

Conclusiones

Las operaciones y negocios que se desarrolla en el mundo y que en Colombia no son excepción, traen consigo diferentes aspectos jurídicos que deben ser objeto de validación y análisis, para mitigar eventuales riesgos que provienen de su omisión.

Es así que pueden encontrarse a primera vista los riesgos del derecho comercial, laboral, financiero, entre otros. Sin embargo, frente a los procesos negociales de M&A, surgen riesgos de alto costo e impacto, esto es, el de la tributación, no solo por las cargas impositivas que trae consigo las operaciones realizadas, sino por los efectos de solidaridad que acompañan tales negocios.

Así las cosas, el Due Diligence Tributario, se erige como un mecanismo vital, necesario y obligatorio, siempre que se desee realizar negocios de adquisiciones, fusiones o escisiones, para

de esta forma conocer las condiciones que frente a los impuestos pueden trasladarse a las partes inmersas en las operaciones de M&A, en detrimento de su patrimonio y su tranquilidad.

La solidaridad como instituto de garantía de la autoridad tributaria, para el cumplimiento de las obligaciones formales como para las sustanciales, genera situaciones jurídicas que deben ser objeto de verificación y estimación previamente a la realización de cualquier operación de M&A. su omisión puede traer consigo graves consecuencias durante o al momento de cerrarse el negocio en ejecución y tramite.

Finalmente, el derecho tributario, es pieza fundamental de las adquisiciones, fusiones y escisiones (M&A), siendo en todo caso, un requerimiento de la debida diligencia y cuidado con la cual deben proceder quienes son partícipes de estos negocios y operaciones.

Referencias Bibliográficas

- Acosta Zarate, L. A.; Medina Rico, R. H. (2015). La acción popular y la nulidad de los actos administrativos expedidos en los procesos de contratación pública. *Revista de Derecho Público*, (34). 1-23. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7477837.pdf>
- Angarita Claro, L. P., & Perez Barbosa, Y. A. (2020). *Análisis de la inclusión laboral de personas con discapacidad y sus beneficios frente a los procesos de contratación*. [Trabajo de grado] Universidad libre de Cucuta]. Repositorio Institucional. <http://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/18572>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Baena Cardenas, L. G. (2021). *Algunos aspectos teoricos y prácticos del derecho mercantil*. Universidad Externado de Colombia.
- Barreto, S. (2016). Repensar el derecho de la contratación estatal desde la competencia. (págs. 15, 297). *Revista Digital de Derecho Administrativo* (15). 297-304. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4597/5285>
- Beltran ordoñez, P., & Martinez Pastor, E. (2019). *Publicidades activa y pasiva en contratación pública. Una panorámica autonómica española*. *Profesionales de la información*28(3). <https://revista.profesionaldelainformacion.com/index.php/EPI/article/view/epi.2019.may.19/44257>

- Castro Cuenca C.G., García López L. F., Martínez vargas J. R. (2018). *La Contratación Estatal: Teoría General Perspectiva comparada y regulación internacional*. Universidad del Rosario
<https://repository.urosario.edu.co/server/api/core/bitstreams/366bc7b3-9f35-47ef-954b-cd492019148c/content>
- Cermeño C, C. C., De Bedout G., J. C., Andres G., S., & Clopatofsky D., C. M. (2017). *Procedimiento Tributario*. Legis Editores.
- Congreso de la República de Colombia. (2000). *Ley 599 de 2000*. Por la cual se expide el Código Penal. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Congreso de la República de Colombia. (2007). *Ley 1150 de 2007*. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Congreso de la República de Colombia.. (2006). Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1116_2006.html
- Congreso de la República de Colombia. (2008). Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1258_2008.html
- Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1607 de 2012. Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1607_2012.html
- Congreso de la República de Colombia.. (2018). Ley 1901 de 2018. Por medio de la cual se crean y desarrollan las sociedades comerciales de Beneficio e Interés Colectivo (BIC)
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1901_2018.html
- Consejo de Estado de Colombia. (2017). Sentencia 05001-23-31-000-2006-03352-01 (19221). Consejero ponente Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.
[https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-2006-03352-01\(19221\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-31-000-2006-03352-01(19221).pdf)

- Corte Constitucional de Colombia. (2015). *Sentencia C-492*. Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-492-15.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia C-106*. Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-106-16.htm>
- Diaz, J. M. (2020). *Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*. Temis.
https://www.researchgate.net/profile/Javier-MiranzoDiaz/publication/342865879_HACIA_LA_CONFIGURACION_DE_UNA_ESTRATEGIA_EFICIENTE_DE_INTEGRIDAD_EN_LA_CONTRATACION_PUBLICA/links/5f098778299bf1881612944f/HACIA-LA-CONFIGURACION-DE-UNA-ESTRATEGIA-EFICIENTE-D
- Eslava Vega, E. A. (2023). *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, patrones fácticos, interpretación jurisprudencia* [Tesis de Maestría, , Universidad Libre]. Repositorio Institucional. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/25488/Contrato%20sin%20cumplimiento%20de%20requisitos%20legales%2C%20patrones%20f%C3%A1cticos%2C%20interpretaci%C3%B3n%20jurisprudencial..pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Jimenez, E., & Roca, M. E. (2017). *Innovación en los métodos de contratación pública en América Latina y el Caribe*. BID. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Innovaci%C3%B3n-en-los-m%C3%A9todos-de-contrataci%C3%B3n-p%C3%BAblica-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe-Casos-de-estudio.pdf>
- Martinez Neira, N. H. (2020). *Catedra de Sociedades Régimen Comercial y Bursatil* . Legis Editores.
- Melendez Julio, I. (2009). *La responsabilidad contractual en el derecho público de los contratos estatales*. Ediciones Doctrina y Ley
- Ogendo, J. L., & Ariemba, J. (2022). *vlex, Revista AD-minister*. Mergers and Acquisitions for Business Sustainability in Emerging Markets During a Vague Era: A Literature Analysis. *Revista AD-minister* 35-56. <https://app-vlex-com.crai-ustadigital.usantotomas.edu.co/#search/jurisdiction:CO;US/operaciones+de+M%26A/vid/mergers-and-acquisitions-for-916894784>

- Presidencia de la República de Colombia (1971). Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html
- Presidencia de la República de Colombia (1989). Decreto 624 de 1889. Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales. Diario Oficial No. 38.756 de 30 de marzo de 1989
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_tributario.html
- Price wáter house Coopers Colombia. (2019). Fusiones y Adquisiciones en Colombia. PwC Colombia.
https://www.pwc.com/co/en/publications/Fusiones_Adquisiciones_PwCCO.pdf
- Santos Rodriguez, J. (2018). *Las facultades reglamentarias de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente*. Revista Digital de Derecho Administrativo. Revistas Universidad Externado de Colombia.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5151/7188>
- Villamizar Gomez, J. I., Delgado, J. L., & Bayona, C. F. (2019). *Principios de igualdad, libre concurrencia y selección objetiva en la Contratación Estatal*. Ius Praxis. 1(3). 133-150.
<https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/18910>