



**La disparidad en el tratamiento tributario de las fusiones reorganizativas y adquisitivas en
Colombia**

Mariana Osorio Chica

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Privado

Asesor

Sebastián Maya Vélez Magíster (MSc) en Derecho Internacional Corporativo

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Especialización en Derecho Privado
Medellín, Antioquia, Colombia
2025

Cita	(Osorio Chica, 2025)
Referencia	Osorio Chica, M. (2025). <i>La disparidad en el tratamiento tributario de las fusiones reorganizativas y adquisitivas en Colombia</i> [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Especialización en Derecho Privado, Cohorte XI.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Resumen

El objeto del presente artículo es analizar si el tratamiento tributario diferenciado entre las fusiones reorganizativas y adquisitivas en Colombia es contrario a los principios tributarios constitucionales. Para ello, se examinan los fundamentos normativos y antecedentes de los efectos tributarios de ambos tipos de fusiones, con énfasis en la enajenación de activos. El análisis se basa en el Estatuto Tributario, la Constitución Política, la jurisprudencia y la doctrina. Se concluye que el régimen fiscal actual podría favorecer las fusiones reorganizativas de manera injustificada, lo que plantea interrogantes sobre su conformidad con los principios de equidad, eficiencia y progresividad fiscal consagrados en la Constitución.

Palabras clave: Efectos tributarios. Enajenación de activos. Fusiones adquisitivas. Fusiones reorganizativas. Pérdidas fiscales. Principios tributarios.

Sumario

1. Introducción. 2. Fundamentos normativos y antecedentes de los efectos tributarios. 3. Efectos tributarios de las fusiones reorganizativas y adquisitivas en el ordenamiento jurídico colombiano. 4. Fusiones reorganizativas y adquisitivas y los principios de equidad, eficiencia y progresividad fiscal. 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

En Colombia, la intersección entre el derecho societario y el derecho tributario en materia de fusiones ha sido poco explorada académicamente. Son escasos los análisis que abordan el derecho societario y el derecho tributario en el contexto de las fusiones empresariales (Gaviria & Sanín, 2022). Esta situación contrasta con la abundante literatura sobre el tema en Estados Unidos, Europa y Asia, mientras que en América Latina la investigación en este campo sigue siendo incipiente (Martynova & Renneboog, 2008; Cortés et al., 2018).

La presente investigación busca abordar un tema que hace parte de esta brecha, analizando la diferencia normativa establecida por el legislador colombiano entre las fusiones reorganizativas y las fusiones adquisitivas, específicamente en lo que respecta a la enajenación de activos en los dos años siguientes a la fusión y la compensación de pérdidas fiscales. Este análisis se realiza a la luz de los principios constitucionales tributarios.

De acuerdo con el artículo 172 del Código de Comercio, una fusión ocurre cuando una o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra empresa o para crear una nueva entidad. En el ámbito tributario, las fusiones se clasifican en adquisitivas y reorganizativas, según lo establecido en los artículos 319-3, 319-4, 319-5, 319-6 de la Ley 1607 de 2012 y el Estatuto Tributario.

Las fusiones adquisitivas y reorganizativas, reguladas por el Código de Comercio, se diferencian en la vinculación entre las empresas participantes. Las fusiones adquisitivas involucran empresas no vinculadas, mientras que las fusiones reorganizativas agrupan empresas de un mismo grupo empresarial. La DIAN (Oficio 35683 de 2018) define esta vinculación según el régimen de precios de transferencia, considerando que las fusiones adquisitivas no presentan vinculación económica y las fusiones reorganizativas sí.

Aunque las fusiones adquisitivas y reorganizativas comparten muchas similitudes en su regulación, existe una diferencia significativa en cuanto a los límites impuestos. En las fusiones adquisitivas, el numeral 4 del artículo 319-4 del Estatuto Tributario prohíbe a la sociedad fusionante enajenar los activos dentro de los dos años siguientes al aporte con el objetivo de compensar las pérdidas fiscales. En contraste, el artículo 319-6 del mismo Estatuto, que regula las fusiones reorganizativas, no establece esta limitación.

Esta disparidad en el tratamiento fiscal plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿Es justificable, desde la perspectiva de los principios tributarios constitucionales, la diferencia en el tratamiento fiscal entre fusiones reorganizativas y adquisitivas respecto a la enajenación de activos y la compensación de pérdidas fiscales?

La relevancia de esta cuestión radica en sus potenciales implicaciones prácticas y teóricas. Desde el punto de vista práctico, esta diferencia normativa podría incentivar a las sociedades a preferir las fusiones reorganizativas sobre las adquisitivas, lo que podría distorsionar las decisiones empresariales por motivos puramente fiscales. Desde una perspectiva teórica, surge la pregunta de si esta distinción es compatible con los principios de equidad, eficiencia y progresividad fiscal consagrados en la Constitución Política de Colombia.

Es importante determinar si en realidad el legislador tuvo un trato desigual entre las fusiones reorganizativas y adquisitivas, dado que, aparentemente, una de las fusiones tendría mejores beneficios por encima de las otras, iría en contra de los principios tributarios, las personas preferirían realizar este tipo de reorganizaciones empresariales con el fin de evadir impuestos y les

es más fácil cumplir con los requisitos que establece la ley para que no sean considerados como enajenaciones, evitando los impuestos. Por tal motivo, se podría considerar contrario a la normatividad colombiana e incluso a la Constitución Política, dando paso a la posibilidad de realizar una acción inconstitucional sobre esta norma.

En cuanto a la organización lógica de la investigación, en primer lugar, se encuentran los fundamentos normativos y los antecedentes de los efectos tributarios de las fusiones reorganizativas y adquisitivas, en los cuales se analizará la exposición de motivos del legislador para regular estas figuras y establecer un trato diferenciado. En segundo lugar, se re-evaluarán y compararán los efectos tributarios de las fusiones adquisitivas y reorganizativas a la luz de la enajenación de activos. En tercer lugar, se analizarán los impactos que se desprenden de dicha disparidad normativa, con el objetivo de determinar si se vulneran los principios constitucionales tributarios y los potenciales impactos en la práctica empresarial.

2. Fundamentos normativos y antecedentes de los efectos tributarios de las fusiones reorganizativas y adquisitivas en Colombia.

En este capítulo se analizarán las fusiones adquisitivas y reorganizativas en Colombia, sus semejanzas, diferencias y efectos bajo el Estatuto Tributario. Asimismo, se abordarán los principales motivos que llevaron al legislador a regular estas operaciones mediante la Ley 1607 de 2012, tales como la formalización y creación de empresas, y la mitigación de fugas de activos y capitales, desde una perspectiva fiscal y constitucional.

2.1. Las fusiones reorganizativas y adquisitivas en Colombia.

La Superintendencia de Sociedades, en su Oficio 220-206135 de 2018, define la fusión como una transferencia de los patrimonios de las sociedades participantes a otra sociedad. Este proceso únicamente altera la titularidad de los patrimonios, los cuales pasan de las sociedades fusionadas a la nueva (pp. 1-2). En este mismo sentido, Suescún (2015) destaca que en el proceso de fusión se traslada los derechos y obligaciones, donde la sociedad resultante asume la posición jurídica de las que desaparecen y las sucede en sus relaciones jurídicas (p. 5).

Las fusiones se clasifican en adquisitivas y reorganizativas. Las fusiones adquisitivas, reguladas en el artículo 319-4 del Estatuto Tributario, involucran empresas ya vinculadas entre sí. Las fusiones reorganizativas, por el contrario, reguladas en el artículo 319-6 del Estatuto Tributario

se caracterizan por la participación de empresas no vinculadas previamente. El artículo 260-1 del Estatuto Tributario define los criterios para determinar la vinculación, incluyendo la subordinación, sucursales y agencias.

Ahora bien, conforme el artículo 319 – 7 del Estatuto Tributario, las fusiones adquisitivas y reorganizativas que no cumplan con las condiciones y requisitos de los artículos 319 – 4 y 319 – 6, respectivamente, del Estatuto Tributario, constituyen a una enajenación para efectos tributarios y estarán sujetas con el impuesto de renta y complementarios. Por lo tanto, se puede evidenciar que las fusiones aplican el principio de neutralidad fiscal, toda vez que no existe injerencia del poder estatal en la transferencia que realizan las sociedades para el cumplimiento de su plan económico y comercial, siempre que se den los supuestos normativos. (Sarmiento, 2023, p. 19).

Ambas fusiones, adquisitivas y reorganizativas, comparten varios puntos en común. En primer lugar, ambas establecen que la transferencia de activos entre las empresas participantes no genera un ingreso gravable ni se considera una enajenación para efectos fiscales. En segundo lugar, los bienes y las acciones transferidos a la empresa resultante mantienen el mismo costo fiscal y la misma naturaleza que tenían en las empresas originales.

En tercer lugar, si un accionista de la empresa que se fusiona no recibe acciones o participaciones en la nueva empresa como contraprestación por sus acciones originales, se considera que ha vendido esas acciones y debe pagar los impuestos correspondientes a esa venta, según las normas generales del Estatuto Tributario y otras leyes. En cuarto lugar, si un accionista que ha participado en una fusión vende o cede sus acciones, cuotas o participaciones dentro de los dos años siguientes a la finalización de la operación, deberá pagar un impuesto adicional del 30% sobre el impuesto de renta habitual por esa venta. Este impuesto adicional será de al menos el 10% del valor de las acciones o participaciones en la fusión, según la valoración original.

En cuanto a las diferencias, se encuentran detalladas en la siguiente tabla explicativa:

Característica	Fusiones Adquisitivas		Fusiones Reorganizativas	
	Artículo	Contenido	Artículo	Contenido
Límite para enajenar los activos	Numeral 4 del artículo 319 – 4 del Estatuto Tributario.	Si el 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.	-	No consagra nada referente al tema.
Participación en la sociedad resultante	Numeral 5°, literal a) del artículo 319 – 4 del Estatuto Tributario.	Al menos el 75% de los accionistas de cada empresa que se fusiona deben mantener, tras la fusión, una participación equivalente en la sociedad resultante.	Numeral 4°, literal a) del artículo 319 – 6 del Estatuto Tributario.	Al menos el 85% de los accionistas de cada empresa que se fusiona deben mantener, tras la fusión, una participación equivalente en la sociedad resultante.
Valor de las acciones en la sociedad resultante	Numeral 5°, literal c) del artículo 319 – 4 del Estatuto Tributario.	Al menos el 90% del valor de las acciones, cuotas, participaciones o derechos que un accionista recibe en la sociedad resultante debe ser equivalente al valor de sus acciones originales en la sociedad participante.	Numeral 4°, literal c) del artículo 319 – 6 del Estatuto Tributario.	Al menos el 85% del valor de las acciones, cuotas, participaciones o derechos que un accionista recibe en la sociedad resultante debe ser equivalente al valor de sus acciones originales en la sociedad participante.

Según Benavides et al. (2018), la principal diferencia radica en una limitación impuesta por el legislador a las fusiones adquisitivas en el numeral 4 del artículo 319-4 del Estatuto Tributario (p. 87). Las fusiones reorganizativas, por su parte, no tienen esta restricción, lo que permite a las empresas vender o enajenar los activos dentro de los dos años siguientes al aporte y compensar sus pérdidas fiscales sin ninguna repercusión tributaria.

La diferencia en el tratamiento fiscal entre estas dos fusiones favorece a las sociedades que optan por fusiones reorganizativas, ya que les permite reducir la carga fiscal. Esta disparidad podría transgredir el principio de neutralidad fiscal, puesto que el Estado interfiere en el plan económico y comercial de las sociedades al permitir que las fusiones reorganizativas enajenen activos para compensar pérdidas, mientras que las fusiones adquisitivas no pueden hacerlo sin consecuencias

tributarias. Esta situación genera un incentivo para que las sociedades prioricen las fusiones reorganizativas para minimizar costos y compensar las pérdidas.

Cahn Speyer Wells (2016) argumenta que la regulación colombiana busca aplicar la neutralidad fiscal en las fusiones, evitando generar un valor agregado económico sujeto a impuestos. Este autor también señala que la aplicación del principio de neutralidad fiscal presenta inconvenientes debido a su alto grado de subjetividad en las restricciones y limitaciones impuestas. Lo anterior, se evidencia en las diferencias planteadas anteriormente, las fusiones reorganizativas no cumplen con este principio, al permitir la enajenación de los activos transferidos, lo que genera un valor económico adicional que no tienen las fusiones adquisitivas.

Finalmente, se sugiere que el legislador unifique el tratamiento fiscal de ambas fusiones, dado que la mayoría de los supuestos son idénticos, incluso en su redacción. La diferencia en la participación y valor de las acciones en la sociedad resultante sólo implica un cambio mínimo en el porcentaje, lo que no afectaría significativamente a las fusiones.

2.2. Las fusiones respecto a la elusión de impuestos, la formalización y creación de empresas y a la luz de la Constitución Política.

Conforme Ceballos (2014) antes de la Ley 1607 de 2012 las fusiones se consideraban neutrales desde el punto de vista fiscal, dado que, la transferencia de bienes entre las sociedades participantes no se interpretaba como una venta, simplificando el proceso y sin generar costos adicionales para las sociedades (p. 68). Anteriormente, el artículo 14-1 del Estatuto Tributario no consideraba a las fusiones como enajenación para efectos tributarios. No obstante, permitía la elusión fiscal a través de simulaciones de fusiones para realizar verdaderas enajenaciones y evitar impuestos, toda vez que no existía otra norma que regulará a profundidad esta figura.

Según Ceballos (2014) antes de esta ley, el único control que sugería el Estatuto Tributario era el artículo 147, cuando mencionaba que para las fusiones se debía tener en cuenta las actividades económicas de las entidades participantes, exigiendo similitud entre ellas. Posteriormente, con la Ley 1607 de 2012, las sociedades deben cumplir con un acto de fusión para que se entienda como tal y no se convierta en una enajenación. (pp. 68 - 69). Por tal motivo, la Ley 1607 de 2012, introduce requisitos específicos para las fusiones adquisitivas y reorganizativas, con el objetivo de evitar la elusión fiscal en estas operaciones (Exposición de motivos de la Ley 1607 de 2012, p. 54).

La Corte Constitucional, en la sentencia C-322 de 2022, consideró que la motivación de la Ley 1607 de 2012 no es inconstitucional, ya que busca garantizar que las fusiones se realicen por razones comerciales válidas y que las empresas cumplan con sus obligaciones tributarias. La Corte afirma que el objetivo es evitar que las fusiones se utilicen para obtener beneficios fiscales indebidos y que las empresas evadan sus responsabilidades tributarias, en línea con el deber constitucional de contribuir con el gasto público (artículo 95, numeral 5, de la Constitución Política de Colombia).

A pesar de su objetivo de prevenir la elusión fiscal, esta norma ha incrementado la carga para las fusiones adquisitivas. En palabras del autor Gómez Sjöberg (2013) esta norma alteró los comportamientos de las sociedades e incrementó la carga tributaria y no favoreció a las empresas, quienes son importantes operadores de la economía. Además, se puede observar cómo les otorgó un beneficio adicional a las fusiones reorganizativas.

Por otro lado, la exposición de motivos de la Ley 1607 de 2012 busca promover la formalización y la creación de empresas, al tiempo que garantiza la continuidad en el control y la actividad empresarial (p.40). Sin embargo, un estudio de Baracaldo (2015) reveló un impacto negativo en las empresas, con una disminución del 23% en la rentabilidad tras la implementación de la Ley. Este resultado obligaría a las empresas a aumentar el porcentaje de administración que cobran a sus clientes (p. 50).

Así las cosas, el estudio también evidenció que los aportes parafiscales y los aportes patronales en salud afectan directamente los ingresos y representan un factor crucial en el impacto negativo de la ley. Aunque la ley tuvo un impacto positivo en la base gravable para el cálculo de la retención (Baracaldo, 2015, p. 50), los costos aumentaron, lo que genera un efecto contrario al objetivo de incentivar la formalización del empleo.

Además, la Ley 1607 de 2012 también creó la cláusula general antiabuso, que permite a la autoridad administrativa cuestionar transacciones que buscan reducir los impuestos de forma artificial. Esta herramienta facilita la identificación de operaciones que se disfrazan de fusiones para eludir impuestos, permitiendo diferenciarlas de las verdaderas fusiones con fines comerciales (Ley 1607 de 2012, Art. 124).

Para el autor Gómez Sjöberg (2013) la legislación comercial ya tiene instrumentos de control para combatir la elusión. También, menciona que esta norma consistió en crear una profusa y confusa reglamentación del proceso fusión, cargada de limitaciones y soportada en justificaciones

criticables. En este mismo sentido, el autor Monroy (2022) concluyó que la cláusula general antiabuso, ha tenido dificultades en su aplicación en Colombia, debido a su carácter novedoso en el sistema jurídico y la complejidad de su aplicación, lo que limita su efectividad. La administración tributaria ya dispone de herramientas basadas en principios constitucionales para combatir la elusión y el fraude fiscal, lo que hace que la aplicación de esta cláusula sea menos necesaria (p. 86).

La Ley 1607 de 2012, con el objetivo de mejorar el régimen tributario de las fusiones empresariales, ha generado un desequilibrio que afecta la neutralidad fiscal y crea incentivos no deseados para las empresas. Es crucial que la administración tributaria pueda detectar operaciones abusivas y aplicar correctamente la cláusula antiabuso, mediante el desarrollo de una jurisprudencia sólida que brinde seguridad jurídica a las empresas.

Esto permitirá consolidar un entorno empresarial competitivo y transparente, promoviendo tanto el desarrollo económico como el cumplimiento adecuado de las obligaciones fiscales. Además, se requiere una revisión de la normativa para asegurar la equidad en la tributación, evitando incentivos no deseados y garantizando un entorno más justo y eficiente para todos los actores económicos.

2.3 Las fusiones y la fuga de activos y capitales desde un punto de vista fiscal. Un análisis de la compensación de pérdidas fiscales.

Conforme la Sentencia C – 322 de 2022 de la Corte Constitucional, la compensación de pérdidas es un tipo de minoración estructural que le permite a los contribuyentes compensar las pérdidas fiscales que ha sufrido en periodos anteriores con las ganancias obtenidas posteriormente. Según la DIAN, en el Concepto 228 de 2018, este mecanismo busca garantizar la equidad en el pago del impuesto a la renta, al considerar la capacidad real de pago del contribuyente.

La fusión no solo implica una integración de patrimonios, sino también de actividades (Consejo de Estado, 2020. Sentencia 23419). Además, la compensación de pérdidas fiscales no es un beneficio tributario, sino una herramienta para determinar los ingresos reales de los contribuyentes y asegurar la equidad en el sistema tributario (Corte Constitucional, 2022. Sentencia C-322).

La Superintendencia de Sociedades, en el Oficio 220-056752 de 2019, ha señalado que, en una fusión adquisitiva, la nueva entidad resultante asume todos los derechos y obligaciones de la entidad absorbida, incluyendo sus activos y pasivos. Esta transferencia universal genera un desequilibrio en la estructura societaria y las rentas líquidas de la entidad resultante, en relación con las pérdidas de ejercicios anteriores, que fueron sufridas por una estructura societaria y patrimonial diferente. En otras palabras, una sociedad estaría pagando por las pérdidas de otra sociedad que causó con anterioridad.

Como se mencionó anteriormente, la Ley 1607 de 2012 buscaba regular las fusiones empresariales en Colombia, con el objetivo de evitar la elusión fiscal y asegurar un tratamiento tributario justo para las diferentes clases de fusiones. Para ello, el legislador se apoyó del principio de neutralidad fiscal y estableció requisitos específicos para determinar cuándo existía una fusión real, con el fin de prevenir la fuga de activos y capitales sin pagar impuestos, y evitar que las empresas optaran por fusionarse en el extranjero para obtener beneficios fiscales (Ley 1607 de 2012, Art. 98).

La Ley 1607 de 2012 establece una prohibición de dos años para enajenar los activos aportados en fusiones adquisitivas, con el fin de compensar las pérdidas fiscales. Sin embargo, esta restricción no se aplica a las fusiones reorganizativas, lo que genera un trato desigual. Las fusiones reorganizativas pueden compensar sus pérdidas fiscales de forma inmediata, mientras que las adquisitivas deben esperar dos años, otorgando un trato privilegiado a las reorganizativas.

Según la Sentencia C – 322 de 2022 de la Corte Constitucional, el legislador tiene un amplio margen para establecer los tributos que los ciudadanos deben pagar, pero este poder está limitado por el respeto a los derechos fundamentales y los principios constitucionales, como la equidad, la eficiencia y la progresividad. El legislador debe definir claramente el sujeto activo, el sujeto pasivo, el hecho generador, la base gravable y la tarifa de cada tributo, y evitar tratamientos diferenciados injustificados.

Si la compensación de pérdidas fiscales busca determinar los ingresos reales de los contribuyentes y asegurar la equidad en el sistema tributario, ¿por qué el legislador ha establecido una prohibición de compensación solo para las fusiones adquisitivas y no para las reorganizativas? Esta distinción no solo genera un trato desigual entre los tipos de fusión, sino que también confiere un beneficio económico y tributario a las fusiones reorganizativas.

En relación con esto, la Corte Constitucional en la sentencia C – 322 de 2022, agrega que la restricción a la compensación de pérdidas fiscales en las fusiones es constitucional. Dado que, el legislador tiene el poder para establecer impuestos y evitar el uso de las fusiones como mecanismo para evadir responsabilidades fiscales, en cumplimiento del deber constitucional de contribuir con los gastos del Estado. No obstante, la Corte reconoce que existen otras medidas más eficientes, pero la elección de estas medidas se encuentra en manos del legislador y el límite a la compensación puede generar un desequilibrio en el sistema tributario, favoreciendo a las empresas y perjudicando el deber constitucional de contribuir con los gastos del Estado.

En definitiva, la disparidad en los requisitos y beneficios entre las fusiones adquisitivas y reorganizativas parece contradecir el principio de neutralidad fiscal y plantea posibles conflictos constitucionales. Esta diferenciación podría ser objeto de una acción de inconstitucionalidad, al afectar el derecho a la igualdad de los contribuyentes y desvirtuar los fines declarados del legislador. En un contexto en el que se pretende promover la transparencia y el desarrollo económico sostenible, la falta de uniformidad en el régimen tributario no solo genera inseguridad jurídica, sino que también dificulta la toma de decisiones empresariales racionales en un entorno regulatorio que debería ser claro y predecible.

En conclusión, la Ley 1607 de 2012 representa un esfuerzo del legislador por regular de manera más exhaustiva las fusiones empresariales, equilibrando los objetivos de promoción económica con la necesidad de proteger el interés fiscal del Estado. No obstante, las diferencias en el tratamiento entre las fusiones adquisitivas y reorganizativas introducen elementos que pueden generar desigualdades, al ofrecer mayores incentivos fiscales a unas estructuras en detrimento de otras. Esto no solo compromete el principio de neutralidad fiscal, sino que también podría distorsionar el comportamiento de las empresas, promoviendo decisiones orientadas más por las ventajas tributarias que por la eficiencia económica.

Por ello, se hace necesario revisar si esta diferenciación vulnera los principios constitucionales de equidad y justicia tributaria, como los consagrados en el artículo 363 de la Constitución Política de Colombia. En caso de que la normativa actual continúe favoreciendo de manera desproporcionada a ciertos tipos de fusiones, se podría argumentar que el legislador no cumplió con su deber de establecer un sistema fiscal equilibrado. Una eventual revisión legislativa o un pronunciamiento constitucional sobre este punto sería clave para garantizar que la regulación de las fusiones responda a criterios de transparencia, eficiencia y equidad, permitiendo que tanto

las sociedades como la administración tributaria operen en un entorno claro y predecible que fomente el desarrollo económico sostenible.

3. Efectos tributarios de las fusiones reorganizativas y adquisitivas en el ordenamiento jurídico colombiano.

Ahora bien, este capítulo examina las fusiones adquisitivas y reorganizativas, enfocándose en los efectos tributarios derivados de la enajenación de activos. El objetivo es analizar cómo la prohibición del numeral 4 del artículo 319-4 del Estatuto Tributario impacta la compensación de pérdidas fiscales y contrastar este efecto con la ausencia de dicha prohibición en las fusiones reorganizativas. El propósito es entonces comprender los impactos diferenciados en la planificación tributaria, la toma de decisiones empresariales y el cumplimiento normativo.

3.1 Fusiones adquisitivas y sus impactos fiscales a la luz de la enajenación de activos.

El numeral 4 del artículo 319-4 del Estatuto Tributario, prohíbe a las sociedades que realizan fusiones adquisitivas enajenar los activos aportados durante los dos (2) años siguientes a la fusión. Esta restricción limita la posibilidad de compensar pérdidas fiscales acumuladas y excesos de renta presuntiva, incluso si los activos fueron adquiridos antes de la fusión. La DIAN aclara que el periodo de restricción se inicia desde la fecha de la fusión, sin importar la antigüedad de los activos (Radicado 100032173 de 2018).

Ahora bien, la Sentencia C-322 de 2022 de la Corte Constitucional subraya los efectos de las fusiones sobre los activos y pasivos de las entidades participantes, indicando que la transferencia de activos puede generar tensiones al intentar compensar pérdidas fiscales previas. La Corte resalta que la sociedad resultante no debe beneficiarse de pérdidas generadas por las entidades fusionadas, ya que ello contravendría el propósito comercial de la fusión. Esta limitación busca prevenir el uso abusivo de las fusiones con fines puramente fiscales.

Así mismo, la DIAN establece que la venta de activos aportados en una fusión dentro del periodo de restricción generará un impuesto de renta adicional del 30%, con un mínimo del 10% del valor de los bienes enajenados (Radicado 100032173 de 2018). Por tanto, la normativa busca desincentivar la utilización de las fusiones como estrategias de optimización tributaria, alineándolas con fines económicos y operativos reales.

Según la Sentencia C-405 de 2023 de la Corte Constitucional, las fusiones deben tener una justificación económica y comercial válida. De lo contrario, se configura un abuso tributario, según el artículo 869 del Estatuto Tributario. Este define el abuso como la utilización de actos artificiosos sin fundamento económico o comercial con el objetivo de obtener beneficios fiscales. Las operaciones que constituyen abuso tributario carecen de efectos legales.

Así las cosas, la diferencia en el tratamiento fiscal entre fusiones reorganizativas y adquisitivas plantea desafíos significativos para las sociedades en términos de planificación tributaria. Dado que las fusiones reorganizativas no están sujetas a la prohibición de enajenar bienes dentro de los dos (2) años siguientes al aporte, ofrecen una mayor flexibilidad para la compensación de pérdidas fiscales. Esto crea un incentivo para que las empresas prefieran este tipo de fusión, aun cuando sus objetivos no respondan a necesidades puramente operativas, sino a razones fiscales. Esta asimetría normativa puede desincentivar las fusiones adquisitivas, afectando la toma de decisiones empresariales que, en principio, deberían orientarse hacia la eficiencia económica y la creación de sinergias reales entre sociedades.

Desde una perspectiva de política fiscal, esta disparidad podría ser cuestionada por su falta de equidad y previsibilidad. La diferencia en las restricciones aplicables a las fusiones reorganizativas y adquisitivas contraviene el principio de neutralidad fiscal, que busca evitar distorsiones en el comportamiento de los contribuyentes. A largo plazo, este desequilibrio puede traducirse en una menor competitividad para las empresas que opten por la modalidad adquisitiva, incrementando su carga tributaria y reduciendo los incentivos para la integración empresarial. Además, estas inconsistencias normativas podrían dar lugar a litigios, tanto en sede administrativa como judicial, lo que incrementa la inseguridad jurídica y eleva los costos de cumplimiento para los contribuyentes.

En síntesis, la regulación sobre la prohibición de enajenar activos durante los dos años siguientes al aporte en fusiones adquisitivas busca evitar el uso indebido de estas operaciones como estrategias de optimización fiscal sin sustento económico real. Esta normativa impone un equilibrio entre los beneficios comerciales y las obligaciones tributarias, alineando las fusiones con principios de transparencia y lealtad fiscal. Sin embargo, esta restricción también implica limitaciones para la flexibilidad financiera de las empresas, lo que podría condicionar sus decisiones operativas y de inversión. Por ello, resulta crucial que las organizaciones realicen una planificación estratégica

detallada para mitigar el impacto fiscal, garantizando el cumplimiento normativo sin comprometer su viabilidad económica ni su capacidad de crecimiento.

3.2 Fusiones reorganizativas y sus impactos fiscales a la luz de la enajenación de activos.

La normativa tributaria aplicable a las fusiones reorganizativas, regulada en el artículo 319-6 del Estatuto Tributario, omite cualquier prohibición sobre la enajenación de los activos aportados dentro de los dos (2) años posteriores a la fusión. Esta omisión permite que las sociedades realicen fusiones reorganizativas con el objetivo implícito de vender los activos inmediatamente y así compensar sus pérdidas fiscales, sin incurrir en sanciones tributarias. Tal flexibilidad puede incentivar comportamientos que, en la práctica, simulan un proceso de fusión con fines meramente fiscales, otorgando un beneficio que no se permite en las fusiones adquisitivas.

La falta de restricciones temporales para la venta de activos en las fusiones reorganizativas proporcionan una ventaja estratégica a las empresas al incrementar su liquidez de manera inmediata y fortalecer su patrimonio. Como señala Piñeros (2010), las fusiones genuinas no deberían generar nuevos ingresos para las sociedades participantes, sino simplemente transferir la propiedad de los activos. Sin embargo, en la práctica, la ausencia de esta restricción en las fusiones reorganizativas permite obtener un valor adicional que facilita la compensación de pérdidas fiscales acumuladas, desvirtuando así la verdadera naturaleza de estos procesos societarios.

La jurisprudencia ha tratado de establecer límites a las fusiones reorganizativas para evitar abusos fiscales. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-322 de 2022, determinó que las pérdidas fiscales sólo podrán compensarse si las sociedades fusionadas desarrollan la misma actividad económica, evitando que la fusión sirva como una herramienta para eludir impuestos. De manera complementaria, el Consejo de Estado, en su Sentencia 23419 de 2020, restringió la compensación de pérdidas al señalar que la renta líquida de la sociedad absorbente no puede ser utilizada para compensar pérdidas generadas por una estructura societaria diferente, alineándose así con el principio de neutralidad fiscal.

Estas restricciones, si bien aplican tanto a fusiones reorganizativas como adquisitivas, subrayan la asimetría que surge en el tratamiento normativo. Las fusiones reorganizativas disfrutan de mayor flexibilidad para vender activos y compensar pérdidas, mientras que las adquisitivas enfrentan sanciones y restricciones severas, lo que genera una distorsión en las decisiones empresariales. Como lo ha mencionado la DIAN en su Concepto 228 de 2018, las normas

tributarias deben garantizar justicia y neutralidad, evitando que los tributos se conviertan en instrumentos de castigo. No obstante, la falta de prohibiciones específicas para las fusiones reorganizativas contradice este principio, creando incentivos desbalanceados que podrían consolidar una preferencia por este tipo de fusiones, incluso cuando la opción más eficiente desde un punto de vista económico hubiera sido una fusión adquisitiva.

La falta de restricciones sobre la enajenación de activos en las fusiones reorganizativas otorga una ventaja significativa respecto a las fusiones adquisitivas, lo que distorsiona el principio de neutralidad fiscal. Esta desigualdad puede llevar a que las empresas opten estratégicamente por fusiones reorganizativas no por razones comerciales legítimas, sino para maximizar beneficios tributarios. En consecuencia, esta preferencia amenaza con desvirtuar los fines esenciales de las fusiones, que deberían buscar eficiencia operativa y fortalecimiento patrimonial, en lugar de servir como mecanismos de optimización fiscal.

Es necesario que el legislador considere la implementación de reformas que unifiquen los criterios fiscales aplicables a ambos tipos de fusión, garantizando un tratamiento más equitativo. La eliminación de asimetrías contribuiría a reducir la inseguridad jurídica y evitaría que las empresas prioricen estructuras reorganizativas por razones fiscales, en detrimento de las adquisitivas. Así, se fomentaría un entorno regulatorio más transparente y acorde con los principios de equidad y eficiencia tributaria, lo que favorecería un desarrollo económico sostenible y el fortalecimiento de las decisiones empresariales racionales en el marco del ordenamiento jurídico colombiano.

4. Fusiones reorganizativas y adquisitivas y los principios de equidad, eficiencia y progresividad fiscal

Este capítulo aborda la regulación de las fusiones adquisitivas y reorganizativas desde la perspectiva de sus impactos fiscales y su relación con los principios de equidad, eficiencia y progresividad fiscal, fundamentales en el derecho tributario colombiano. Se evaluará cómo la normativa sobre la enajenación de activos afecta la aplicación de estos principios, determinando si las diferencias en el tratamiento fiscal entre ambos tipos de fusión generan condiciones equitativas para los contribuyentes o si, por el contrario, promueven distorsiones en el comportamiento empresarial.

A continuación, se examinarán los posibles impactos y consecuencias de la regulación vigente en la planificación tributaria de las empresas, identificando cómo esta normativa influye en las decisiones estratégicas de las sociedades al optar por un esquema de fusión u otro. En particular, se analizará si las diferencias normativas entre fusiones reorganizativas y adquisitivas incentivan la selección de una figura sobre otra, y si dichas elecciones responden más a consideraciones tributarias que a motivaciones operativas y comerciales legítimas.

4.1 Una revisión crítica a la luz de los principios del derecho tributario a las fusiones reorganizativas y adquisitivas.

El diseño de cualquier figura tributaria debe alinearse con los principios fundamentales del derecho tributario, tal como lo establece la Constitución Política de Colombia y el Estatuto Tributario. El artículo 363 de la Constitución dispone que el sistema tributario se rige por los principios de equidad, eficiencia y progresividad, mientras que el numeral 9 del artículo 95 señala la obligación de los ciudadanos de contribuir al financiamiento de los gastos del Estado de manera justa y equitativa.

En este contexto, resulta pertinente realizar un análisis comparativo entre las fusiones adquisitivas y reorganizativas, enfocándose en la prohibición de enajenar los aportes durante los dos (2) años siguientes a la fusión en el caso de las fusiones adquisitivas. Con el objetivo de determinar cómo la normativa vigente puede generar asimetrías que afectan los principios mencionados. Esta restricción busca limitar el uso de estas operaciones para la compensación de pérdidas fiscales, evitando abusos tributarios y garantizando que las fusiones respondan a motivos legítimos más allá de la simple optimización fiscal.

En este mismo sentido, el análisis que realizó Gómez (2012) a la exposición de motivos de la Ley 1607 de 2012, encontró que la ley buscaba mejorar la equidad, la eficiencia y la progresividad tributarias. Por lo tanto, se procederá a analizar la divergencia entre los supuestos que rigen las fusiones adquisitivas y las reorganizaciones, así como la imposición del requisito adicional en una de ellas: la prohibición de enajenar sus aportes durante los dos (2) años posteriores a la fusión, con el fin de compensar las pérdidas fiscales, de acuerdo con los principios tributarios.

4.1.1 Principio de equidad tributaria

Según la Sentencia C - 109 de 2020 de la Corte Constitucional, el principio de equidad tributaria es la manifestación de la igualdad en el contexto tributario, prohíbe al legislador imponer obligaciones excesivas o beneficios desbordados al contribuyente. La misma sentencia menciona que se transgrede este principio por diferentes motivos, entre ellos cuando la regulación de un tributo permite que dos sujetos en las mismas condiciones resulten gravados de manera desigual y sin justificación.

Conforme lo anterior, ¿Podría existir una vulneración al principio de igualdad y ecuanimidad en materia fiscal al no prohibirle a las fusiones reorganizativas la enajenación de activos en los dos años siguientes al aporte, con el fin de compensar las pérdidas fiscales (art. 319 – 6 ET), mientras que a las fusiones adquisitivas si se les prohíbe (art 319 – 4 ET)?

Esta diferencia en el trato, pese a que las figuras legalmente se asemejan, genera una carga excesiva para las fusiones adquisitivas, aumentando el valor de sus impuestos si no cumplen con la restricción. En contraste, las fusiones reorganizativas obtienen un beneficio al poder enajenar sus aportes sin restricciones, sin que se incremente su carga fiscal. Esta disparidad en el tratamiento entre dos figuras, que se encuentran en condiciones similares, constituye una clara violación del principio de equidad tributaria, dado que se imponen cargas desiguales a pesar de la similitud en sus regulaciones.

Mediante derecho de petición, se le realizó esta misma pregunta a la DIAN y bajo el radicado 2024DP000085851 del 27 de mayo de 2024, respondió que las fusiones adquisitivas y reorganizativas no comparten idénticas características, puesto que se diferencian en la vinculación que tienen sus sociedades participantes. Además, aplicó el examen de razonabilidad, mecanismo mediante el cual la Corte Constitucional ha creado para analizar el principio a la igualdad y concluyó que el trato diferenciado por una ley no implica una transgresión a este principio, cuando su fundamento es objetivo y razonable de acuerdo con la finalidad perseguida.

La DIAN recordó que el numeral 4 del artículo 319-4 del Estatuto Tributario es producto de la libertad de configuración normativa del legislador y citó la Sentencia C – 221 de 1992, la cual permite que se desarrolle el principio de igualdad, bajo una perspectiva objetiva, permitiendo tratamiento diferenciados siempre y cuando logre una igualdad material.

Sin embargo, no se debe olvidar lo que recientemente mencionó la Corte Constitucional, en la Sentencia C – 322 de 2022, sobre el juicio integrado de igualdad, el cual se debe aplicar para examinar la constitucionalidad de las medidas que afectan el principio de equidad tributaria. Este

juicio reconoce que no solo las situaciones idénticas, sino también las asimilables, deben recibir un trato equivalente. Por lo que, la DIAN usó el mecanismo obsoleto para determinar si había una vulneración o no al principio y no tomó en cuenta que también se le puede aplicar a circunstancias asimilables, tal como lo son las fusiones adquisitivas y reorganizativas.

La diferencia en el tratamiento fiscal entre las fusiones adquisitivas y reorganizativas plantea serias implicaciones respecto al principio de equidad tributaria. Si bien la DIAN ha defendido la distinción argumentando que ambas figuras no comparten idénticas características y aplicando el examen de razonabilidad como criterio de análisis, esta postura puede resultar insuficiente. La Corte Constitucional, en sentencias más recientes como la C-322 de 2022, ha destacado la necesidad de aplicar el juicio integrado de igualdad, el cual reconoce que no solo las situaciones idénticas, sino también las asimilables, deben recibir un trato equivalente.

Por tanto, al no restringir la enajenación de activos en las fusiones reorganizativas, mientras que sí se impone esta limitación a las adquisitivas, se genera una asimetría normativa que puede interpretarse como una vulneración al principio de equidad fiscal. Esta diferencia coloca a las fusiones adquisitivas en una situación desventajosa, incrementando su carga tributaria sin una justificación objetiva clara, lo que contraviene la obligación del legislador de evitar cargas desproporcionadas entre contribuyentes en circunstancias comparables. En consecuencia, es crucial que las autoridades tributarias y el legislador revisen este tratamiento diferenciado para garantizar un sistema tributario más justo, eficiente y coherente con los principios constitucionales.

4.1.2 Principio de eficiencia tributaria

La Corte Constitucional, en la Sentencia C – 743 de 2015, define el principio de eficiencia tributaria, como la relación costo beneficio, considerando los aspectos económicos y sociales. Esto implica que los tributos deben buscar el mayor recaudo con el menor costo de operación y costo social. La Corte Constitucional advierte que la ineficiencia de los tributos puede generar una injusta distribución de la carga fiscal, financiando el gasto público sólo con los contribuyentes que cumplen sus obligaciones fiscales.

En el contexto de este trabajo, aunque no se cuestiona el cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de las fusiones adquisitivas o reorganizativas, se puede decir que la actual regulación de estas figuras genera una distribución injusta de la carga fiscal. Las fusiones adquisitivas enfrentan un aumento significativo en su carga tributaria si enajenan sus aportes antes

de dos (2) años después de la fusión, mientras que las fusiones reorganizativas, al no estar sujetas a esta misma limitación, pueden realizar la enajenación sin asumir un costo fiscal adicional. Esta disparidad implica que las fusiones adquisitivas soportan una carga tributaria desproporcionada, lo que podría llevar a que las sociedades prefieran las fusiones reorganizativas para eludir el pago de estos impuestos elevados y poder enajenar sus aportes antes de los dos años para compensar las pérdidas.

Esta diferencia puede incentivar a que las sociedades diseñen estrategias para evitar cargas fiscales, lo que, a su vez, podría contribuir a la disminución del financiamiento del gasto público. Si las fusiones reorganizativas se convierten en la opción preferida para eludir impuestos, se corre el riesgo de que el sistema tributario se vuelva ineficiente, afectando negativamente la capacidad del Estado para recaudar fondos y cumplir con sus responsabilidades sociales y económicas.

4.1.3 Principio de progresividad fiscal

El principio de progresividad fiscal busca una igualdad de hecho según la capacidad de los contribuyentes, así lo expone la Corte Constitucional en la sentencia C – 100 de 2014. Asimismo, resalta que este principio busca igualar la situación de los contribuyentes ante el fisco y va incrementando proporcionalmente a medida en que sube la renta o el consumo. En consecuencia, permite que las cargas fiscales tengan una distribución justa, conforme a la riqueza del contribuyente.

En la regulación de las fusiones adquisitivas y reorganizativas se puede evidenciar una desigualdad, puesto que en un escenario donde se realicen, por un lado una fusión adquisitiva y, por otro, una fusión reorganizativa, en la que las sociedades participantes de ambas fusiones aporten el mismo capital a la sociedad resultante y, por tanto, tengan un patrimonio equivalente, se genera una disparidad en la carga fiscal.

Mientras que las fusiones reorganizativas pueden enajenar sus activos antes de dos años sin incurrir en costos tributarios elevados, las fusiones adquisitivas, a pesar de contar con el mismo patrimonio, deben asumir un alto costo tributario si deciden enajenar sus aportes para compensar pérdidas. Esta situación no sólo quebranta el principio de progresividad fiscal, sino que también propicia una distribución injusta de las cargas fiscales entre los contribuyentes en igualdad de condiciones.

En conclusión, la asimetría en el tratamiento fiscal de las fusiones adquisitivas y reorganizativas pone en entredicho el principio de progresividad fiscal, el cual exige que las cargas tributarias se ajusten a la capacidad contributiva real de los sujetos, en condiciones de igualdad y equidad. La situación actual permite que las fusiones reorganizativas disfruten de mayores beneficios fiscales al poder enajenar sus activos sin restricciones temporales, mientras que las fusiones adquisitivas, pese a tener un patrimonio equivalente, deben soportar un peso tributario más elevado en similares condiciones. Esta distinción no solo rompe la equidad en el sistema, sino que incentiva estructuras de fusión no siempre alineadas con objetivos comerciales sino con beneficios fiscales.

Es necesario que el legislador reconsidere esta diferenciación normativa, promoviendo un tratamiento fiscal equilibrado que respete los principios de progresividad y justicia tributaria. Al eliminar esta disparidad, se lograría un sistema que trate equitativamente a todos los contribuyentes independientemente del tipo de fusión que elijan, promoviendo así un ambiente empresarial transparente y competitivo. Un ajuste en la normativa contribuiría también a reforzar la confianza en el sistema tributario, evitando incentivos desiguales que puedan afectar el desarrollo económico y la equidad en las cargas fiscales.

4.2 Impactos y consecuencias de la regulación actual en materia de fusiones reorganizativas y adquisitivas.

La diferencia en el tratamiento fiscal entre fusiones adquisitivas y reorganizativas, vulnera los principios constitucionales de equidad, neutralidad, eficiencia y progresividad fiscal. La prohibición de compensar pérdidas fiscales para las fusiones adquisitivas genera un beneficio tributario para las fusiones reorganizativas, sin que el legislador otorgue el mismo trato a ambos tipos de fusiones.

Esta diferencia contraviene el principio de neutralidad fiscal, ya que el legislador, al crear la Ley 1607 de 2012, no ha mantenido este principio fundamental en la regulación de las fusiones, al permitir esta diferencia en el tratamiento fiscal. El Estado interfiere en la libre decisión de las sociedades de fusionarse al establecer restricciones específicas que no favorecen la neutralidad en la operación.

El legislador tiene la libertad de crear normas en el ámbito tributario (artículo 150 Constitución Política de Colombia), fijar los elementos de cada impuesto, considerando la

conveniencia para la economía y la actividad estatal, siempre que no contravenga la Constitución, ni los principios tributarios constitucionales. (Corte Constitucional. Sentencia C-322 de 2022)

Esta situación genera una inequidad, pues las empresas que eluden impuestos no contribuyen al gasto e inversión del Estado, incumpliendo el deber constitucional de todo ciudadano de contribuir con los gastos e inversiones del Estado según los principios de justicia y equidad (artículo 95, numeral 9 de la Constitución Política de Colombia).

La diferencia en el tratamiento fiscal entre fusiones reorganizativas y adquisitivas, específicamente la prohibición de compensar pérdidas fiscales para las fusiones adquisitivas, vulnera los principios constitucionales de equidad, eficiencia y progresividad fiscal. Esta diferencia, que favorece a las fusiones reorganizativas, genera incentivos para la elusión fiscal. Al no asegurar un tratamiento justo y equitativo para ambos tipos de fusiones, el numeral 4 del artículo 319-4 del Estatuto Tributario contraviene los principios constitucionales tributarios del artículo 363 de la Constitución Política de Colombia, abriendo la posibilidad de una acción de inconstitucionalidad.

Los principios contemplados en la Constitución y en las Leyes orgánicas y estatutarias rigen la actividad estatal en sus diferentes órganos y niveles de decisión (Consejo de Estado. p.2). En este caso, la desigualdad en el tratamiento fiscal entre fusiones adquisitivas y reorganizativas contraviene estos principios fundamentales, generando un sistema injusto y perjudicando el desarrollo económico del país.

Es crucial que el legislador revise la normativa para garantizar la equidad, la eficiencia y la transparencia en el sistema tributario, con el fin de asegurar un entorno empresarial competitivo y un Estado que pueda cumplir con sus responsabilidades sociales y económicas. De lo contrario, se llegaría de forma inminente a una acción de inconstitucionalidad contra dicha norma, una muerte anunciada para una norma que no cumple con los principios fundamentales del sistema tributario colombiano.

La normativa actual que regula el tratamiento fiscal de las fusiones adquisitivas y reorganizativas presenta una disparidad que afecta los principios fundamentales de neutralidad, equidad, eficiencia y progresividad tributaria, reconocidos en la Constitución. La prohibición de compensar pérdidas fiscales en las fusiones adquisitivas establece un marco desigual que favorece a las fusiones reorganizativas, generando incentivos indeseados para la elusión fiscal. Este desequilibrio no solo contradice el deber del legislador de mantener un tratamiento fiscal justo y

neutral para todos los contribuyentes, sino que también dificulta la toma de decisiones empresariales libres de sesgos fiscales.

Ante este panorama, resulta imprescindible que el legislador considere una revisión de la normativa vigente, asegurando que ambas modalidades de fusión cuenten con criterios fiscales equitativos y transparentes que fortalezcan la seguridad jurídica y la competencia empresarial. De lo contrario, la vigencia de normas que no cumplen con los principios constitucionales abre la puerta a cuestionamientos legales y acciones de inconstitucionalidad, que podrían modificar el ordenamiento actual. Un sistema fiscal que respete la igualdad y fomente un desarrollo económico saludable es fundamental para el cumplimiento de las funciones sociales y económicas del Estado, así como para asegurar la confianza y el crecimiento del sector empresarial.

5. Conclusiones.

La normativa vigente en Colombia presenta una disparidad de tratamiento fiscal entre las fusiones adquisitivas y reorganizativas, evidenciando una vulneración de los principios de equidad, eficiencia y progresividad consagrados en la Constitución. En particular, la prohibición de compensar pérdidas fiscales únicamente en las fusiones adquisitivas establece un marco desigual que favorece a las reorganizativas, generando incentivos para que las empresas busquen la elusión fiscal. Esta situación perjudica la recaudación de impuestos y limita la capacidad del Estado para financiar adecuadamente sus responsabilidades sociales y económicas.

El numeral 4 del artículo 319-4 del Estatuto Tributario al imponer esta restricción exclusivamente a las fusiones adquisitivas, desatiende el deber constitucional del legislador de asegurar un sistema tributario equitativo y eficiente. Esta distinción produce una carga tributaria adicional y desproporcionada para las empresas que optan por esta modalidad de fusión, afectando su competitividad. En vista de esto, se plantea la posibilidad de una acción de inconstitucionalidad contra esta disposición, como mecanismo para restaurar la justicia fiscal.

Es imperativo que el legislador revise la normativa vigente para lograr un sistema tributario más justo y equilibrado que no establezca discriminación entre tipos de fusiones. La unificación de los criterios fiscales aplicables a las fusiones adquisitivas y reorganizativas contribuiría a reducir las asimetrías fiscales y a mejorar la seguridad jurídica, evitando que las empresas prioricen estructuras reorganizativas únicamente por motivos fiscales y, en cambio, promuevan decisiones basadas en necesidades económicas reales y de eficiencia.

Una eventual reforma legislativa o un pronunciamiento constitucional sobre este tema sería fundamental para asegurar que la regulación en fusiones siga principios de transparencia, eficiencia y equidad. Esto permitiría que tanto las empresas como la administración tributaria operen en un entorno normativo claro y predecible, fomentando un crecimiento económico sostenible y el fortalecimiento de un entorno empresarial más justo y competitivo.

En resumen, la legislación actual incentiva la elusión fiscal y erosiona la equidad en el sistema tributario colombiano. Un cambio normativo es crucial para asegurar la correcta aplicación de los principios constitucionales, brindando un entorno más equitativo para todos los actores económicos. Solo mediante una acción proactiva del legislador y las autoridades, o incluso a través de una acción de inconstitucionalidad, se podrá consolidar un sistema tributario más equitativo y transparente, que impulse el desarrollo económico sostenible y el bienestar de la sociedad colombiana en su conjunto.

Referencias

- Baracaldo, E. S. (2015) *Incidencia e impacto de la ley 1607 de 2012 en los ingresos y deducciones en el impuesto de renta de la empresa TODOSERVICIOS LTDA caso específico*.
- Benavides, S. E., Mahecha, M. Á. & Valencia, L. F. (2018). *Fusiones y escisiones desde el punto de vista del derecho tributario*. <http://hdl.handle.net/10554/41135>
- Cahn Speyer Wells, P. (2016). *Derecho crítico: Perspectiva tributaria*. Bogotá: Editorial Temis.
- Ceballos, d. r. c. (2014) *Recomposiciones patrimoniales después de la ley 1607 de 2012: fusión, escisión y aportes en especie*.
- Congreso de la República de Colombia. (26 de diciembre de 2012). Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones. [Ley 1607 de 2012]. Do: 48.655.
- Congreso de la República de Colombia. (27 de marzo de 1971). Código de Comercio [Decreto 410 de 1971]. Do: 33.339.
- Consejo de Estado. (2020). Sentencia 23419 de 2020. CP Stella Jeannette Carvajal Basto.
- Consejo de Estado. *La importancia de los principios constitucionales y legales en el ejercicio de la función pública*. <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/revistas/edi02/doc/toli2.pdf>
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991).
- Corte Constitucional. (1992). Sentencia C - 221 de 1992. MP Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia C - 100 de 2014. MP María Victoria Calle Correa.

- Corte Constitucional. (2015). Sentencia C - 743 de 2015. MP Myriam Ávila Roldán.
- Corte Constitucional. (2020). Sentencia C - 109 de 2020. MP José Fernando Reyes Cuartas.
- Corte Constitucional. (2022). Sentencia C - 322 de 2022. MP Hernán Correa Cardozo.
- Cortés, L. M., García, J. J., & Aristizábal López, B. (2018). Fusiones y adquisiciones en América Latina: un análisis de los factores macroeconómicos. *Ensayos sobre política económica*, 36(86), 178-192.
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN -. (02/03/2018). Concepto 228 de 2018.
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN -. (06/07/2018). Radicado 100032173.
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN -. (20/11/2018). Oficio 35683.
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN -. (27/05/2024). Radicado 2024DP000085851.
- Gaviria, J. & Sanín, J. (2022). *Efectos económicos y tributarios del derecho societario*. (1 ed.) Legis.
- Gómez Sjöberg, Luis Miguel (2012). *La reforma tributaria a un año de su expedición*. Universidad Sergio Arboleda. <https://www.usergioarboleda.edu.co/centro-de-pensamiento/la-reforma-tributaria-a-un-ano-de-su-expedicion/>
- Martynova, M.; y Renneboog, L. (2008). *A century of corporate takeovers: What have we learned and where do we stand?* *Journal of Banking & Finance*, 32(10), 2148–2177. doi:10.1016/j.jbankfin.2007.12.038.
- Monroy Fonseca, A. F. (2022). La cláusula general antiabuso tributaria como límite legal y constitucional a la libertad de empresa en Colombia (Doctoral dissertation, Universidad Nacional de Colombia).
- Presidencia de la República de Colombia. (30 de marzo de 1989). Estatuto Tributario. [Decreto 624 de 1989]. DO: 38.756.
- Sarmiento Daza, J. A. (2023). *Realización de operaciones de fusión y escisión sin propósito económico: un análisis crítico a la aplicación práctica de la cláusula de abuso en materia tributaria desde la perspectiva del estudio de caso*. Universidad Externado de Colombia. <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/1a01df7c-1747-46cd-895d-1f921117a4a9>
- Suescún, F. (2015). Deberes de los Administradores en fusiones y adquisiciones: la versión colombiana de la “píldora venenosa”. *Revista de Derecho Privado*, (53), p. 1-43.
- Superintendencia de Sociedades. (10 de diciembre de 2018). Oficio 220-206135 de 2018.
- Superintendencia de Sociedades. (29 de marzo de 2019) Oficio 220-056752 de 2019.