

**LA CONSOLIDACIÓN FISCAL EN LOS
GRUPOS EMPRESARIALES COMO
ALTERNATIVA DE TRIBUTACIÓN
EN COLOMBIA**

**Ignacio Sanín Bernal
Juan Esteban Sanín Gómez**



LA CONSOLIDACIÓN FISCAL EN LOS GRUPOS EMPRESARIALES COMO ALTERNATIVA DE TRIBUTACIÓN EN COLOMBIA

IGNACIO SANÍN BERNAL¹
JUAN ESTEBAN SANÍN GÓMEZ²

Resumen

El presente estudio tiene por objeto analizar la institución jurídica de la consolidación fiscal en los grupos empresariales, al igual que su regulación comparada. Ello para determinar las ventajas que esta figura comporta y analizar su aplicabilidad en Colombia.

-
- 1 Abogado, Universidad Pontificia Bolivariana (UPB); Especialista en derecho tributario y comercial UPB; Magíster en Derecho (UPB); estudios superiores en derecho tributario en London School of Economics, Kings College, Politécnico de Londres; profesor de derecho tributario en pregrado y posgrado en la UPB, y de postgrado en la Universidad de los Andes y Externado de Colombia, entre otras. Autor del libro *Un nuevo Derecho Societario; el propuesto desde el Estatuto Tributario* (Legis). Miembro del ICDT. Fundador de la firma Ignacio Sanín Bernal y Cía., Abogados; abogado y consultor en temas de impuestos y sociedades.
 - 2 Abogado, Universidad de los Andes; Especialista en derecho tributario (UPB); CILS, Temple University of Japan. Miembro de la firma Ignacio Sanin Bernal y Cía., Abogados; consultor en temas de impuestos y sociedades.

LA CONSOLIDACIÓN FISCAL EN LOS GRUPOS EMPRESARIALES COMO ALTERNATIVA DE TRIBUTACIÓN EN COLOMBIA

1. Introducción

Colombia está adentrándose rápidamente al escenario fiscal internacional. En los últimos años, Colombia ha suscrito cinco convenios para evitar la doble imposición³ (CDI), cuatro convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones entre Estados⁴ (BIT por su sigla en inglés), y cuatro tratados de libre comercio⁵ (TLC). Si bien los dos últimos tratados no son, en sí, tratados de contenido exclusivamente fiscal, sí tienen incidencia directa en esta materia⁶. Asimismo, en los últimos años, Colombia ha incorporado a su legislación interna disposiciones provenientes de recomendaciones transmitidas por organismos multilaterales, tales como la OCDE y la ONU, sobre todo en relación con temas como precios de transferencia, reglas de capitalización delgada⁷, tratamiento tributario de pagos realizados a paraísos fiscales, entre otros. No obstante ello, todavía falta un largo camino por recorrer para que Colombia alcance el nivel de sofisticación fiscal que tienen otras jurisdicciones.

El tema que aquí se debate —la consolidación tributaria o fiscal en los grupos empresariales y su aplicación en Colombia—, tiene mucho

- 3 Actualmente Colombia tiene suscritos CDI con Chile, Suiza, España, México y Canadá. De estos, el único que se encuentra vigente es el CDI con España.
- 4 Colombia ha suscrito BIT con Suiza, España, Perú y República Popular China. Fuente: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.
- 5 Colombia ha suscrito TLC con Estados Unidos, El Salvador, Guatemala, Honduras y Canadá, y con la Asociación Europea de libre comercio (AELC) (Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein).
- 6 Los TLC tienen implicaciones fiscales por cuanto generalmente contienen disposiciones de política fiscal y presupuestaria, cláusulas de prevalencia de los convenios para evitar la doble imposición y cláusulas de excepción de tributación. Los BIT tienen incidencia fiscal pues pueden restringir los efectos del poder tributario de un Estado frente a los nacionales del otro.
- 7 Si bien no existen en Colombia reglas explícitas de capitalización delgada, este concepto sí está presente en nuestra legislación fiscal en artículos tales como el 287 del Estatuto Tributario, el cual, al cierre de esta edición, era objeto de estudio (para ser adicionado y complementado) en el proyecto de reforma tributaria que cursa en el Congreso de la República.

que ver con lo antes dicho, pues es un asunto cuya regulación ha sido ampliamente estudiada y aplicada en países de gran sofisticación tributaria, tales como España, Holanda, Austria, México y ahora Panamá, pudiendo estos aportar sus experiencias en la cuestión para la construcción e implementación de dicho sistema en un marco fiscal como el colombiano.

El presente escrito tiene como propósito analizar la regulación actual que se le ha dado al tema de la consolidación tributaria o fiscal en los grupos empresariales (en adelante la “consolidación fiscal”) en algunos países en donde este se aplica, y analizar las ventajas que tendría la implementación del mismo en Colombia, tanto desde el punto de vista del contribuyente como desde el punto de vista de la Administración de Impuestos. El artículo finalizará con las conclusiones obtenidas de dicho análisis y con la posición personal del asunto tratado por parte de los autores.

2. ¿Qué es y cómo opera el régimen de consolidación fiscal en los grupos empresariales?

La consolidación fiscal es la facultad que otorgan ciertos regímenes fiscales para que los grupos empresariales tributen —a través de su matriz o controlante— sobre el resultado neto consolidado de todas sus filiales, subsidiarias y establecimientos permanentes. Se construye así una ficción legal en el sentido de considerar que el grupo empresarial es —para efectos del impuesto sobre la renta— una “unidad fiscal” y que, como tal, ha de tributar. En tal sentido, la matriz, al consolidar en sí los patrimonios de sus filiales, consolida en sí, también, la totalidad de ingresos, pérdidas y demás créditos tributarios y minoraciones estructurales de aquellas, utilizándolos para presentar una sola declaración de renta consolidada por todo el grupo empresarial. Asimismo, en algunos regímenes tributarios, la consolidación fiscal —como se verá adelante— se extiende aún más, incluyendo dentro de sus beneficios las exenciones fiscales a los ingresos generados por la venta o transferencia de activos dentro de un mismo grupo empresarial, entre otros.

Para Johann Müller⁸, la consolidación fiscal es “la posibilidad de utilizar el ingreso gravable de una sociedad para compensar las pérdidas de otra perteneciente al mismo grupo empresarial”. Establece igualmente que:

la mayoría de los países permiten algún tipo de consolidación de los resultados de las sociedades miembros de grupos empresariales, para prevenir así la situación en la cual el grupo como tal tenga un retorno efectivo menor a aquel sobre el cual sus sociedades vinculadas tributan, toda vez que simultáneamente unas tienen ingresos gravables y otras pérdidas, y no pueden compensar las últimas con las primeras.

Bien lo dicen los autores mexicanos Fernandez, Meljem y Natera⁹, cuando establecen que:

Si el objetivo del impuesto sobre la renta (ISR) es gravar la riqueza generada, nos parece que resulta mucho más objetivo (y en consecuencia más justo) considerar al grupo de empresas como un sólo ente económico y gravar los resultados del todo, en lugar de gravar a las partes en forma aislada e individual (sic), pues se consigue una mejor apreciación de la realidad económica completa y de la esencia integral del negocio y del ente económico como generador de riqueza. En conclusión, lo que se debe alcanzar a través de un régimen de consolidación fiscal es que los grupos de empresas no tengan una incidencia tributaria mayor (ni tampoco menor) a la que les hubiera correspondido de haberse estructurado mediante una sola persona moral con varias áreas o sucursales. En síntesis, el régimen de consolidación fiscal debe procurar una neutralidad al determinar la base gravable del grupo de empresas que se pretende consolidar para efectos fiscales.

La consolidación fiscal —llamada en inglés *tax consolidation* o *group relief*— puede darse tanto domésticamente (en tal sentido aplicaría sólo para los grupos empresariales que se encuentren dentro de una misma jurisdicción) o internacionalmente (en tal sentido aplicaría también para

8 Muller, Johannes, “The Netherlands in International Tax Planning”, 2 ed. Rev., IBFD, 2007, p. 261.

9 Fernández Pérez, Arturo M., Sylvia Meljem Enríquez de Rivera y Christian Natera Niño de Rivera, “Análisis al régimen de consolidación fiscal”. En <http://contaduria.itam.mx/htm/proyectosypub/articulos/una%20agenda%20para%20las%20fin%20pub%20de%20mex.pdf>

los grupos empresariales cuyas partes relacionadas se encuentren en diferentes jurisdicciones). El propósito de la consolidación fiscal internacional, además de permitir la consolidación del grupo empresarial como “unidad fiscal” según lo antes dicho, es evitar la doble imposición dentro de un mismo grupo empresarial cuyas partes relacionadas se encuentren en diferentes jurisdicciones. Este es el caso, entre otros, de los grupos fiscales europeos.

3. Reglamentación comparada de la consolidación fiscal en los grupos empresariales

3.1 Unión Europea

La Comisión Europea, a través de su Directorio General para la Tributación y las Aduanas (*Directorate-General Taxation & Customs Union*) ha liderado desde el año 2001 los proyectos de armonización fiscal dentro de la Unión Europea. A raíz de este esfuerzo, se han adelantado dos proyectos de especial importancia para el tema que se discute. El primero es un plan piloto para que las multinacionales de mediano tamaño que operen en territorio europeo y que tengan su matriz en alguno de los países de la unión, tributen con base en la legislación del país donde se encuentra ubicada su matriz. Este proyecto se denomina “Home State Taxation”, e implicaría una modificación a los CDI suscritos por los países en donde se implementaría el programa. El segundo es la creación de una Base tributaria corporativa consolidada común (CCCBT, por sus siglas en inglés), para efectos de gravar los grupos empresariales que operen en el territorio de la Unión, bajo una sola base tributaria, en vez de tener que entrar a determinar cuál de los 27 regímenes fiscales aplicaría, según el caso. En ambos sistemas, los países entrarían a determinar qué porcentaje del tributo recaudado les corresponde, bajo una fórmula predeterminada que tomaría en cuenta diversos factores y parámetros tales como la proporción del ingreso generado en una u otra jurisdicción¹⁰.

Habida cuenta de que estos sistemas de consolidación están aún bajo discusión y estudio, es preciso hacer mención al estado actual de cosas

10 Terra, Ben J. M. y Peter J. Wattel, “European Tax law”. 5 ed., Kluwer, 2008, p. 117.

que, sobre el tema de la consolidación fiscal en grupos empresariales, se da actualmente en la Unión Europea.

Tres pronunciamientos de la Corte Europea de Justicia (ECJ por sus siglas en inglés) han marcado la pauta para el estudio y la comprensión de este tema, estos son: Marks & Spencer PLC vs. David Halsey (Inspector de la Agencia de Impuestos Británica “Her Majesty’s Revenue & Customs”), OY AA vs. Keskusverolautakunta (Agencia de Impuestos de Finlandia) y Société Papillon vs. Ministère du Budget (Agencia de Impuestos de Francia).

En el caso Marks & Spencer, la matriz británica consolidó en su declaración de renta las pérdidas que habían sufrido sus filiales en Alemania, Bélgica y Francia, estableciendo que todas las anteriormente mencionadas entidades constituirían un sólo grupo empresarial. En razón de que la ley fiscal británica permitía sólo la consolidación fiscal en grupos domésticos, esta utilización de pérdidas le fue desconocida a la casa matriz. El caso fue llevado a los tribunales y la ECJ, en virtud del procedimiento prejudicial¹¹, determinó que la ley fiscal británica violaba el derecho a la libertad de establecimiento concebida en el Tratado de la Unión Europea.

De igual manera, determinó que es posible que los países miembros de la Unión Europea limiten la posibilidad de hacer una consolidación fiscal única y exclusivamente dentro de su territorio, pero aclarando que cuan-

11 Las funciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueden consultarse en su página web oficial cuyo link es http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/. Allí se establece que “El Tribunal de Justicia trabaja en colaboración con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que son jueces ordinarios encargados de aplicar el Derecho de la Unión. Para garantizar la aplicación efectiva y homogénea de la legislación de la Unión y evitar interpretaciones divergentes, los jueces nacionales pueden, y a veces deben, dirigirse al Tribunal de Justicia para solicitarle que precise una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión, a fin de poder, por ejemplo, comprobar la conformidad de la normativa nacional con este Derecho. La cuestión prejudicial también puede tener por objeto el control de la validez de un acto del Derecho de la Unión. El Tribunal de Justicia no responde mediante un mero dictamen, sino mediante una sentencia o un auto motivado. El órgano jurisdiccional nacional destinatario está vinculado por la interpretación efectuada a la hora de resolver el litigio que se le ha planteado. La sentencia del Tribunal de Justicia vincula asimismo al resto de los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de un problema idéntico”.

do el contribuyente demuestre que las pérdidas de sus filiales en el exterior habrían de perecer por causa de la imposibilidad de ser utilizadas, entonces el régimen fiscal habría de permitir la consolidación transfronteriza de dichas pérdidas¹².

En el caso OY A.A., un contribuyente finlandés pretendió deducir de su renta gravable una transferencia o giro intra-grupo hecha a su matriz inglesa. Las autoridades fiscales finlandesas desconocieron la deducción de tal transferencia alegando que ésta tenía como objeto un “acuerdo puramente artificial” por medio del cual se pretendía que los ingresos fueran gravables en un estado miembro de baja tributación. La decisión fue impugnada judicialmente. La ECJ estableció que si bien la legislación fiscal de Finlandia, al tratar filiales de compañías extranjeras de forma menos favorable que filiales de compañías finlandesas, violaba el principio de libertad de establecimiento consagrado en el tratado de la Unión Europea, esto estaba justificado pues era una medida adoptada en “interés público”, toda vez que el “acuerdo puramente artificial” tenía como único propósito el generar un escudo fiscal¹³.

En el caso Sociétés Papillon, una sociedad francesa controlaba indirectamente otras sociedades francesas a través de una subsidiaria holandesa. Las sociedades francesas presentaron una solicitud para consolidarse fiscalmente, la cual fue negada por la autoridad fiscal de Francia argumentando que la subsidiaria holandesa no era sujeto pasivo del régimen fiscal francés y, por ende, no podría hacer parte de la “unidad fiscal”. La sociedad Papillon demandó judicialmente la decisión argumentando que la regulación fiscal francesa violaba el principio de la libertad de establecimiento consagrado en el Tratado de la Unión Europea. La ECJ encontró que efectivamente existió una medida discriminatoria por parte de la legislación francesa al prohibir la consolidación fiscal de sociedades francesas con sociedades existentes en otros Estados miembros de la Unión¹⁴.

12 Eicke, Rolf, “Tax Planning With Holding Companies – Repatriation of U.S. Profits From Europe; Concepts, Strategies, Structures”, *EucoTax*, Kluwer Law International, p. 131.

13 <http://www.internationaltaxreview.com/default.asp?Page=9&PUBid=210&ISS=23959&SID=690514>

14 <http://www.internationaltaxreview.com/includes/magazine/PRINT.asp?SID=716744&ISS=25283&PUBID=35>

3.2 Estados Unidos de Norteamérica¹⁵

En los Estados Unidos el régimen de consolidación fiscal existe desde el año 1917. Su regulación legislativa se limita a lo establecido en la sección 1502 del Código de Impuestos de los Estados Unidos. El Departamento del Tesoro se ha encargado de regular los detalles y el funcionamiento de esta institución.

El régimen de consolidación fiscal americano ha sido considerado como un “régimen híbrido”, toda vez que para todos los efectos legales asimila a las sociedades que conforman el grupo como divisiones de una sola entidad (desestimando así, para efectos prácticos, su personalidad jurídica), mientras que para efectos contables asimila a las sociedades como entidades independientes.

Para que una sociedad pueda hacer parte de un grupo o unidad fiscal deberá acreditar su calidad de “incluible”, para lo cual es menester ser ella una entidad¹⁶ americana contribuyente del régimen fiscal ordinario (o una entidad extranjera que haya elegido ser gravada fiscalmente como una entidad americana). Asimismo, las entidades “incluibles”, para ser parte de un grupo fiscal, deberán tener una matriz común, que a su vez sea una entidad “incluible”, y deberá poseer, directamente, el 80% de las acciones con derecho al voto de sus respectivas filiales.

Una vez cumplidos los anteriores requisitos, el grupo fiscal puede optar por la consolidación. Una vez aprobada esta por la agencia de impuestos de los Estados Unidos, sólo podrá “desconsolidarse” si dicha entidad así lo permite.

Si bien todas las entidades pertenecientes al grupo fiscal son solidariamente responsables ante el fisco por el impuesto y demás concep-

¹⁵ Sparagna, Giovanna Terese, IFA, *Cahiers de Droit Fiscal*, 2004, p. 711.

¹⁶ Las entidades que pretendan hacer parte de un grupo fiscal, por el requerimiento que tienen de ser entidades contribuyentes del impuesto sobre la renta en los Estados Unidos, tienen necesariamente que revestir la forma jurídica de “*Corporations*” y no de “*Partnerships*”, pues estas últimas son, para efectos fiscales, entidades transparentes, entendiéndose por tal que son sus socios quienes detentan la calidad de contribuyentes del impuesto sobre la renta y no las sociedades como tal.

tos, se permite, sin que ello le sea oponible al Estado, la celebración de acuerdos intracompañías para la asunción de los impuestos o *tax sharing agreements*.

El cálculo de la declaración consolidada del grupo fiscal comienza con la depuración de la renta de cada entidad según las normas generales. Luego las rentas gravables de cada una de las entidades se ajustan, eliminando conceptos específicos tales como dividendos intracompañías e ingresos por ventas entre compañías del mismo grupo. Luego, las rentas de las entidades independientes se integran con los ítems consolidados, tales como pérdidas fiscales, entre otros. Al resultado de esta operación se le aplica la tarifa a pagar por el grupo fiscal¹⁷.

3.3 Holanda y las Antillas Holandesas

En Holanda los grupos empresariales en los cuales se hace la consolidación fiscal se denominan “unidades fiscales”.

Existen varias condiciones para la formación de una unidad fiscal:

- La matriz debe poseer, directa o indirectamente, como mínimo el 95% de las acciones suscritas de las filiales.
- Todos los contribuyentes han de solicitar expresamente la consolidación a la agencia de impuestos nacional. No obstante lo anterior, según lo dispuesto en el fallo de la Corte Suprema de Holanda, de fecha 17 de febrero de 2006, la solicitud de formación de una unidad fiscal puede ser requerida implícitamente, al presentar una sola declaración fiscal entre la matriz y la subsidiaria.
- Dos grupos empresariales pueden consolidarse fiscalmente.
- Los efectos de la consolidación no pueden darse antes de los tres meses siguientes a la fecha en que se realizó la solicitud de consolidación.
- Los años fiscales y los períodos de ejercicios financieros de las sociedades consolidadas deben ser iguales.

¹⁷ Sparagna, ob. cit., p. 725.

- No pueden consolidarse entidades que tengan diferentes regímenes fiscales. Por ejemplo, no es posible consolidar en una misma “unidad fiscal” contribuyentes y no contribuyentes del impuesto sobre la renta.
- Las entidades que se consoliden deben ser residentes, para fines tributarios, en Holanda. Ninguna de ellas puede ser considerada como residente fiscal en un tercer país, de acuerdo con un CDI.
- Con anterioridad a la entrada en vigencia del actual régimen de consolidación fiscal podían consolidarse en un mismo grupo empresarial entidades residentes y no residentes en Holanda. Ello por cuanto las entidades incorporadas bajo la ley holandesa se reputaban como residentes fiscales en Holanda. A partir del 1 de enero de 2003, este régimen se modificó en varios aspectos, dentro de ellos el relativo a la consolidación fiscal. En tal sentido se estableció que la matriz podría ser holandesa o ser incorporada bajo las leyes de las Antillas Holandesas, Aruba o un Estado miembro de la Unión Europea siempre y cuando tuviera vigente un tratado para la prevención de la doble tributación con Holanda que contuviera una cláusula para la prevención de la discriminación con base en la nacionalidad. No obstante lo anterior, para poder consolidar fiscalmente una sociedad domiciliada en las Antillas Holandesas y una sociedad Holandesa, ambas deben tener como residencia fiscal principal una de las dos jurisdicciones, independientemente de que se encuentren constituidas en la otra jurisdicción¹⁸.
- Si la matriz es una entidad holandesa, esta deberá ser una NV¹⁹, una BV²⁰, una cooperativa o una mutual de seguros.

18 La residencia para efectos fiscales, en algunos casos y bajo algunos CDI (como lo es el caso de Holanda y Antillas Holandesas) puede ser dual. Para la determinación de la residencia fiscal primará siempre el lugar en donde se lleve a cabo la administración efectiva de la compañía. Así pues, para el caso citado, las sociedades domiciliadas en Antillas Holandesas u Holanda que quieran ser parte de una unidad fiscal localizada en alguna de esas dos jurisdicciones, aunque se encuentren incorporadas en la otra, podrán, en virtud de lo antes dicho y a través de la determinación de su residencia fiscal por razones de su sede administrativa, domiciliarse en la jurisdicción en la cual se encuentre la unidad fiscal e incorporarse a esta.

19 NV es una abreviatura de Naamloze Vennotschap (sociedad anónima holandesa).

20 BV es una abreviatura de Besloten Vennootschap (sociedad de responsabilidad limitada holandesa).

- Si las subsidiarias o filiales son incorporadas bajo la ley holandesa, han de ser NV o BV. Si son entidades extranjeras, deberán ser entidades similares a las NV o BV.
- Las acciones que la matriz tenga en la filial no pueden ser contabilizadas como inventario o como activos movibles.
- Pueden hacer parte del grupo fiscalmente consolidado los establecimientos permanentes de las filiales que hagan parte del grupo empresarial.

3.4 Austria

Austria tiene uno de los regímenes de consolidación fiscal más ventajosos de Europa, por cuanto tiende a no restringir la consolidación transfronteriza de pérdidas fiscales. El sistema austríaco de consolidación fiscal funciona de la siguiente manera: cada sociedad o establecimiento permanente del grupo determina su propia utilidad o pérdida y posteriormente se consolidan tales resultados fiscales a nivel de las *sub-holdings*. Los resultados fiscales de estas se consolidan directamente con la *holding*, y no se adicionan a los resultados fiscales de las demás *sub-holdings*. La liquidación de las pérdidas fiscales, a nivel de las *sub-holding*, puede darse hasta concurrencia de la utilidad fiscal de las mismas.

Igualmente, el sistema de consolidación fiscal austríaco tiene las siguientes características:

- Pueden consolidarse las pérdidas fiscales tanto de sociedades nacionales como de sociedades extranjeras.
- Se requiere que la matriz tenga una participación en sus filiales o subsidiarias de mínimo la mitad más una de las acciones en circulación.
- El tiempo mínimo para optar por un régimen fiscal consolidado es de tres años.
- Las entidades del grupo han de ser sociedades por acciones (AG) o sociedades de responsabilidad limitada (GmbH).
- Las matrices pueden ser AG, GmbH, cooperativas, aseguradoras, bancos, sociedades extranjeras registradas en Austria o Joint Ventu-

res, siempre y cuando sus miembros califiquen como alguna de las anteriormente mencionadas entidades.

- Las matrices pueden consolidar el 100% de las pérdidas de sus filiales nacionales, aunque no posean el 100% de sus acciones suscritas. En relación con las filiales extranjeras, o con los Joint Ventures filiales, las matrices pueden consolidar sus pérdidas a prorrata de su participación en el capital suscrito o en el contrato que las incorpora.
- Los ingresos gravables que tengan las filiales del exterior son irrelevantes para efectos de la consolidación fiscal toda vez que Austria no está facultada para gravar los mismos. Por el contrario, las pérdidas sí pueden ser compensadas pero con la limitante anteriormente expuesta.
- Para que opere la consolidación fiscal, debe presentarse una solicitud a la autoridad de impuestos en tal sentido. La solicitud deberá contener un proyecto de declaración de renta que refleje la situación fiscal del grupo empresarial tras la consolidación fiscal²¹.

3.5 España

El llamado Régimen de Consolidación Fiscal Español, establecido en el Real Decreto Legislativo 4 de 2004, permite que los llamados “grupos fiscales” opten por no tributar en forma individual, sino en forma consolidada.

Las siguientes son las características más relevantes del régimen de consolidación fiscal español:

- La sociedad controlante tendrá la representación del “grupo fiscal” y será la entidad sujeta al cumplimiento de las obligaciones sustanciales y formales que se derivan del régimen de consolidación fiscal.
- Tanto la controlante como las controladas continuarán sujetas a las obligaciones tributarias que se derivan del régimen de tributación individual, excepción hecha del pago de la deuda tributaria.

²¹ Eicke, ob. cit., p. 267.

- La actuación administrativa que se inicie frente a la controlante o ante cualquiera de las controladas interrumpe el plazo de prescripción del impuesto sobre las sociedades que afecta al grupo fiscal.
- Las sociedades del grupo fiscal responderán solidariamente por el pago de la deuda tributaria, excluidas las sanciones.
- Las sociedades controlantes deberán ser sociedades anónimas, limitadas o comanditarias por acciones y residentes en territorio español. Deberán estar sujetas al impuesto sobre las sociedades.
- Los establecimientos permanentes de entidades no residentes situados en territorio español podrán ser considerados como sociedades controlantes respecto de las sociedades cuyas participaciones estén afectas al mismo.
- Las sociedades controlantes deberán tener una participación directa o indirecta de al menos el 75% del “capital social” de otra u otras sociedades en el primer día del período impositivo en que sea de aplicación tal régimen de tributación, o de al menos el 70% del “capital social” si se trata de sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un “mercado regulado”. Esta participación habrá de mantenerse durante todo el período impositivo, salvo que medie la disolución de una entidad “participada”.
- La sociedad controlante no podrá ser dependiente de ninguna otra sociedad residente en territorio español, ni estar sometida al régimen especial de las agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, y de uniones temporales de empresas.
- Que tratándose de establecimientos permanentes de entidades no residentes en territorio español, dichas entidades no sean dependientes de ninguna otra residente en territorio español que reúna los requisitos para ser considerada como dominante y residan en un país o territorio con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional que contenga cláusula de intercambio de información.
- Sociedades dependientes serán aquellas sobre las que la sociedad dominante posea una participación que reúna los requisitos contenidos en los enunciados antes establecidos.

- No podrán formar parte de los grupos fiscales i) las entidades que estén exentas del impuesto sobre las sociedades, ii) las entidades que se encuentren en situación de insolvencia, iii) las entidades que se encuentren tributando a una tarifa del impuesto a las sociedades diferente a aquella de la sociedad dominante, y iv) las sociedades que se encuentren vinculadas al grupo fiscal a través de la participación que en ellas tiene una sociedad que no se encuentra facultada para ser parte del grupo fiscal.
- El grupo fiscal se extinguirá cuando la sociedad controlante pierda dicho carácter.
- Las sociedades sobre las que se adquiriera una participación como la ya descrita (75 o 70% según el caso) se integrarán obligatoriamente en el grupo fiscal, con efectos desde el período fiscal siguiente.
- En el caso de sociedades de nueva creación la integración se producirá desde el momento de su constitución, siempre que se cumplan los restantes requisitos necesarios para formar parte del grupo fiscal.
- Las sociedades dependientes que pierdan tal condición quedarán excluidas del grupo fiscal con efectos desde el propio período impositivo en que se produzca tal circunstancia.
- El régimen de consolidación fiscal se aplicará cuando así lo acuerden todas y cada una de las sociedades que deban integrar el grupo fiscal.
- Los acuerdos a los que se refiere el apartado anterior deberán adoptarse por la “junta de accionistas” (sic) u órgano equivalente de no tener forma mercantil, en cualquier fecha del período impositivo inmediato anterior al que sea de aplicación el régimen de consolidación fiscal, y surtirán efectos cuando no hayan sido impugnados o no sean susceptibles de impugnación.
- Las sociedades que en lo sucesivo se integren en el grupo fiscal deberán cumplir las obligaciones a que se refieren los apartados anteriores, dentro de un plazo que finalizará el día en que concluya el primer período impositivo en el que deban tributar en el régimen de consolidación fiscal.

- Antes de la finalización de cada período impositivo, la sociedad dominante comunicará a la Administración tributaria la composición del grupo fiscal para dicho período, identificando las sociedades que se han integrado en él y las que han sido excluidas de aquel.
- La base imponible del grupo fiscal se determinará sumando:
 - Las bases imponibles individuales correspondientes a todas y cada una de las sociedades integrantes del grupo fiscal, “sin incluir en ellas la compensación de las bases imponibles negativas individuales”²².
 - Las eliminaciones.
 - Las incorporaciones de las eliminaciones practicadas en ejercicios anteriores.
 - La compensación de las bases imponibles negativas del grupo fiscal, cuando el importe de la suma de los párrafos anteriores resultase positivo, así como algunas de las bases imponibles negativas²³ referidas en el apartado 2 del artículo 74 del Real Decreto Legislativo 4 de 2004.
- Para la determinación de la base imponible consolidada se practicará la totalidad de las eliminaciones de resultados por operaciones internas efectuadas en el período impositivo.
- Se entenderán por operaciones internas las realizadas entre sociedades del grupo fiscal en los períodos impositivos en que ambas formen parte de él y se aplique el régimen de consolidación fiscal.
- Se practicarán las eliminaciones de resultados, positivas o negativas, por operaciones internas, en cuanto los mencionados resultados estuvieren comprendidos en las bases imponibles individuales de las entidades que forman parte del grupo fiscal.
- No se eliminarán los dividendos incluidos en las bases imponibles individuales respecto de los cuales no hubiere procedido la deducción por

22 Real Decreto Legislativo 4 de 2004, artículo 71, inciso 1, literal a).

23 Se refiere a las establecidas en el apartado 2 del artículo 74 del Real Decreto Legislativo 4 de 2004.

doble imposición interna prevista en el artículo 30.4 del Real Decreto Legislativo 4 de 2004.

- Los resultados eliminados se incorporarán a la base imponible del grupo fiscal cuando se “realicen frente a terceros²⁴”.
- Cuando una sociedad hubiere intervenido en alguna operación interna y posteriormente dejase de formar parte del grupo fiscal, el resultado eliminado de esa operación se incorporará a la base imponible del grupo fiscal correspondiente al período impositivo anterior a aquel en que hubiere tenido lugar la citada separación.
- Se practicará la incorporación de la eliminación de la corrección de valor de la participación de las sociedades del grupo fiscal cuando estas dejen de formar parte del grupo fiscal y asuman el derecho a la compensación de la base imponible negativa correspondiente a la pérdida que determinó la corrección de valor.
- No se incorporará la reversión de las correcciones de valor practicadas en períodos impositivos en los que la entidad participada no formó parte del grupo fiscal.
- El período impositivo del grupo fiscal coincidirá con el de la sociedad dominante.
- Se entenderá por cuota íntegra del grupo fiscal la cuantía resultante de aplicar el tipo de gravamen de la sociedad dominante a la base imponible del grupo fiscal.
- La cuota íntegra del grupo fiscal se minorará en el importe de las deducciones y bonificaciones previstas en la legislación tributaria.
- Las deducciones de cualquier sociedad pendientes de aplicación en el momento de su inclusión en el grupo fiscal podrán deducirse en la cuota íntegra del grupo fiscal con el límite que hubiere correspondido a dicha sociedad en el régimen individual de tributación.
- La sociedad dominante deberá formular, para efectos fiscales, el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los

24 Artículo 73 numeral 1 del Real Decreto Legislativo 4 de 2004.

cambios en el patrimonio neto del ejercicio y un estado de flujos de efectivo consolidados, aplicando el “método de integración global” a todas las sociedades que integran el grupo fiscal.

- Las cuentas anuales consolidadas se referirán a la misma fecha de cierre y período que las cuentas anuales de la sociedad dominante, debiendo las sociedades dependientes cerrar su ejercicio social en la fecha en que lo haga la sociedad dominante.
- Deberá acompañarse la siguiente información:
 - Las eliminaciones practicadas en períodos impositivos anteriores pendientes de incorporación.
 - Las eliminaciones practicadas en el período impositivo debidamente justificadas en su procedencia y cuantía.
 - Las incorporaciones realizadas en el período impositivo, igualmente justificadas en su procedencia y cuantía.
 - Las diferencias, debidamente explicadas, que pudieran existir entre las eliminaciones e incorporaciones realizadas a efectos de la determinación de la base imponible del grupo fiscal.
- El régimen de consolidación fiscal se perderá por las siguientes causas: i) la concurrencia en alguna o algunas de las sociedades integrantes del grupo fiscal de alguna de las circunstancias que de acuerdo con lo establecido en la Ley General Tributaria determinan la aplicación del método de estimación indirecta, ii) el incumplimiento de las obligaciones de información antes referidas, iii) la pérdida del régimen de consolidación fiscal se producirá con efectos del período impositivo en que concurra alguna o algunas de las causas a que se refiere el apartado anterior, debiendo las sociedades integrantes del grupo fiscal tributar por el régimen individual en dicho período.
- Los efectos de la pérdida del régimen de consolidación fiscal y de la extinción del grupo fiscal son los que pasan a relacionarse a continuación. Si existieren, en el período impositivo en que se produzca la pérdida del régimen de consolidación fiscal o la extinción del grupo fiscal, eliminaciones pendientes de incorporación, bases imponibles

negativas del grupo fiscal o deducciones en la cuota pendientes de compensación, se procederá de la forma siguiente: i) Las eliminaciones pendientes de incorporación se integrarán en la base imponible del grupo fiscal correspondiente al último período impositivo en el que sea aplicable el régimen de consolidación fiscal. Lo anterior no se aplicará cuando la entidad dominante adquiriera la condición de sociedad dependiente de otro grupo fiscal que estuviese tributando en régimen de consolidación fiscal o sea absorbida por alguna sociedad de ese otro grupo en un proceso de fusión; los resultados eliminados se incorporarán a la base imponible de ese otro grupo fiscal. ii) Las sociedades que integren el grupo fiscal en el período impositivo en que se produzca la pérdida o extinción de este régimen asumirán el derecho a la compensación de las bases imponibles negativas del grupo fiscal pendientes de compensar, en la proporción que hubieren contribuido a su formación. iii) Las sociedades que integren el grupo fiscal en el período impositivo en que se produzca la pérdida o extinción de este régimen asumirán el derecho a la compensación pendiente de las deducciones de la cuota del grupo fiscal, en la proporción en que hayan contribuido a su formación. iv) Las sociedades que integren el grupo fiscal en el período impositivo en que se produzca la pérdida o extinción de este régimen, asumirán el derecho a la deducción de los pagos fraccionados que hubiese realizado el grupo fiscal, en la proporción en que hubiesen contribuido a ellos. Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación cuando alguna o algunas de las sociedades que integran el grupo fiscal dejen de pertenecer a este.

3.6 México

El Capítulo VI de la Ley del Impuesto Sobre la Renta 2009 en México contiene el régimen de consolidación fiscal, cuyas connotaciones más importantes son las que pasan a relacionarse:

- Serán sociedades “controladoras” aquellas que sean residentes en México, propietarias, directa o indirectamente, de más del 50% de las acciones con derecho a voto de otra(s) sociedad(es) controlada(s) y cuya mayoría accionaria en ningún caso pertenezca a sociedades residentes en Estados con el cual México no tenga un amplio acuerdo de intercambio de información.

- Una vez ejercida la opción de consolidación, la sociedad controladora deberá continuar pagando su impuesto sobre el resultado fiscal consolidado por un período no menor de cinco ejercicios contados desde aquel en que empezó a ejercer la opción citada y hasta cuando la administración de impuestos se lo permita, o hasta cuando deje de cumplir alguno de los requisitos necesarios para optar al régimen de consolidación fiscal.
- El impuesto que se hubiere diferido con motivo de la consolidación fiscal se declarará ante la autoridad de impuestos cuando se enajenen acciones de una sociedad controlada a personas ajenas al grupo, y cuando varíe la participación accionaria en una sociedad controlada, se desincorpore una sociedad controlada o se desconsolide el grupo.
- Para efectos de poder optar por la consolidación, tanto la sociedad controladora, como las filiales, requieren autorización expresa por parte del Servicio de Administración Tributaria.
- Serán sociedades “controladas” aquellas en las cuales más del 50% de sus acciones con derecho a voto sean de propiedad directa o indirecta de una sociedad “controladora”.
- No podrán hacer parte del grupo fiscal consolidado i) las sociedades que componen el sistema financiero; ii) las sociedades residentes en el extranjero, incluso cuando tengan establecimientos permanentes en el país; iii) las sociedades en liquidación; iv) las sociedades y asociaciones civiles y las cooperativas; v) las personas jurídicas pertenecientes al régimen tributario especial.
- Necesariamente ha de consolidarse dentro del grupo cualquier sociedad controlada cuyos activos representen como mínimo el 3% de los activos del grupo consolidado o dos o más sociedades controladas cuyos activos representen como mínimo el 6% de los activos consolidados del grupo fiscal.
- En caso de que una sociedad controladora no incorpore a la consolidación fiscal a una sociedad que se encuentre en uno de los supuestos de hecho mencionados en el inciso anterior, deberá desconsolidar todas sus sociedades controladas y declarar el impuesto respectivo como si no hubiera consolidado, con los recargos correspondientes al

período transcurrido desde la fecha en que se debió haber declarado el impuesto de cada sociedad de no haber consolidado fiscalmente y hasta que el mismo se realice.

- La controladora determinará el resultado fiscal consolidado o la pérdida fiscal consolidada de la siguiente forma: i) se suman las utilidades fiscales del ejercicio de las sociedades controladas; ii) se restan las pérdidas fiscales del ejercicio en que hayan incurrido las sociedades controladas; iii) se suman o restan, según sea el caso, las “modificaciones a la utilidad o pérdida fiscal” de las sociedades controladas correspondientes a ejercicios anteriores; iv) se resta el monto de las pérdidas obtenidas por la sociedad controladora provenientes de la enajenación de acciones emitidas por las sociedades controladas que no hayan sido colocadas entre el público inversionista; v) la utilidad o pérdida fiscal por enajenación de acciones no será computada por la controladora dentro de la determinación de su utilidad o pérdida fiscal, sino que se sumarán o se restarán en la participación accionaria consolidable que la controladora tenga en la controlada.
- Son reglas para la determinación de la utilidad o pérdida neta fiscal consolidada las siguientes: i) la utilidad fiscal neta será la consolidada de cada ejercicio; ii) los ingresos por dividendos percibidos serán los que perciban la controladora y las controladas de personas jurídicas ajenas a la consolidación por los que se hubiera pagado el impuesto en los términos del artículo 11 de la ley del Impuesto Sobre la Renta y aquellos que hubiesen provenido de la cuenta de utilidad fiscal neta de las mismas personas jurídicas ajenas a la consolidación que los paguen, en la participación consolidable a la fecha de percepción del dividendo; iii) los dividendos o las utilidades pagados serán los que pague la sociedad controladora; iv) los ingresos, dividendos o utilidades, sujetos a regímenes fiscales preferentes, serán los percibidos por la sociedad controladora y las sociedades controladas, en la participación consolidable en la fecha en que se pague el impuesto que a éstos corresponda.
- En caso de que la controladora adquiriera el control de una sociedad con posterioridad a la entrada en vigencia de la autorización para efectuar la consolidación fiscal, habrá de integrar a la nueva controlada a tal régimen.

- Cuando una sociedad deje de ser controladora, deberá informarlo inmediatamente a la autoridad fiscal y deberá reconocer los efectos de la desincorporación al cierre del ejercicio inmediato anterior en declaración complementaria de dicho ejercicio.
- En el caso de fusión de sociedades se considera que existe desincorporación de las sociedades controladas que desaparezcan con motivo de la fusión. En el caso de que la sociedad que desaparezca con motivo de la fusión sea la sociedad controladora, se considera que existe desconsolidación.
- En caso de que se desincorporen una o varias sociedades que representen el 85% o más del valor total de los activos del grupo fiscal consolidado, o la controlante decida no cumplir con la regulación existente para el régimen de consolidación fiscal, se entenderá que existe desconsolidación y habrá de declararse el impuesto derivado de la desconsolidación, debiéndose pagar el impuesto y los recargos que esto arroje.
- La sociedad controladora está obligada a llevar los siguientes registros: i) los que permitan determinar la cuenta de utilidad fiscal neta consolidada, así como de la totalidad de los dividendos o utilidades percibidos o pagados por la sociedad controladora y las sociedades controladas; ii) los que establezcan las utilidades y pérdidas fiscales generadas por las sociedades controladas en cada ejercicio, incluso de las que provengan de la enajenación de acciones; iii) la totalidad de la documentación comprobatoria que sirva de sustento de lo anteriormente expuesto.
- Las sociedades controladas tendrán, entre otras, las siguientes obligaciones: i) presentar su declaración de renta del ejercicio y calcular el impuesto como si no hubiera consolidación; ii) llevar un registro de utilidades fiscales netas que integrará con las utilidades fiscales netas consolidables de cada ejercicio; iii) realizar las operaciones que realice con sus vinculadas del mismo grupo o con su controlante aplicando, *mutatis mutandis*, la reglamentación relacionada con precios de transferencia.

3.7 Panamá

A través de la Ley 41 de 2007, publicada en la Gaceta Oficial del día 27 de agosto de 2007, se creó en Panamá el Régimen Especial para el Es-

tablecimiento y Operación de Sedes de Empresas Multinacionales. Esta ley tiene como objeto “atraer y promover las inversiones, la generación de empleos y la transferencia de tecnología, así como para hacer a la República de Panamá más competitiva en la economía global, mediante la utilización óptima de su posición geográfica, de su infraestructura física y de los servicios internacionales”²⁵. Dicha normatividad permite que Grupos Empresariales que tengan su casa matriz en otras jurisdicciones pero que quieran centralizar su base operativa, puedan hacerlo desde Panamá.

Las empresas objeto de esta ley estarán exentas del pago del Impuesto sobre la Renta de la República de Panamá por los servicios brindados a entidades de cualquier naturaleza domiciliadas en el exterior, que no generen renta gravable dentro de la República de Panamá²⁶. Además, los servicios que presten dichas empresas, por tratarse de “servicios de exportación”, no causarán, en Panamá, Impuesto de Transferencia de Bienes Corporales Muebles siempre que se presten a personas domiciliadas en el exterior.

El artículo 25 de la ley en mención establece que:

[...] las empresas poseedoras de una Licencia de Sede de Empresa Multinacional podrán llegar a acuerdos fiscales con el Ministerio de Economía y Finanzas, *para la consolidación de sus ganancias y el pago de impuestos por las rentas que obtienen en diversos países*. De celebrarse el referido acuerdo fiscal, en este se establecerá la fecha efectiva en que dichos impuestos deberán ser cancelados, así como las demás modalidades que las partes acuerden. La empresa con Licencia de Sede de Empresa Multinacional deberá presentar, ante la Secretaría Técnica de la Comisión, constancia del referido acuerdo (énfasis agregado).

Así pues, es dable establecer que, con base en las disposiciones transcritas, existe en Panamá un régimen de consolidación fiscal cuyas reglas han de ser pactadas con el Ministerio de Economía y Finanzas del Istmo. Para estos efectos, deberá escogerse con mucho cuidado con cuáles jurisdicciones consolidar, tema que ha de estudiarse a la luz de los CDI

25 Artículo 1, Ley 41 de 2007.

26 Artículo 21, Ley 41 de 2007.

suscritos por Panamá, para efectos de que los impuestos pagados allí puedan tomarse como un descuento (*tax credit*) por las entidades extranjeras en sus jurisdicciones de origen.

4. La regulación societaria, tributaria y contable de los grupos empresariales en Colombia

4.1 La regulación societaria de los grupos empresariales en Colombia

La regulación societaria de los grupos empresariales en Colombia se introdujo al régimen jurídico colombiano a través de la Ley 222 de 1995. En dicha ley se consagró el concepto de “subordinación”, referido a la situación que se da cuando el poder de decisión de una sociedad se encuentra sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matiz o controlante²⁷, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria. Igualmente, tal ley establece unas presunciones de cuándo el poder decisorio de una sociedad se encuentra subordinado a otra. Tales presunciones se dan cuando: i) más del 50% del capital pertenece a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas; ii) cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho a emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea de la controlada, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere, y iii) cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o contrato con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de la administración de la sociedad. Se estipula igualmente que habrá subordinación cuando el control lo ejerzan una o varias personas jurídicas de naturaleza no societaria, de forma directa o indirecta.

Esta última disposición, al establecer que el control puede ser ejercido por “una o varias personas naturales o jurídicas” ha permitido que la ju-

²⁷ Ley 222 de 1995, artículo 26.

risprudencia y la doctrina²⁸ desarrollen el concepto de “control conjunto o compartido”. De esta forma, cuando dos o más sociedades o personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria se encuentren en alguno de los presupuestos antes mencionados, pueden ser reputadas como controlantes conjuntos de la(s) subordinada(s), y por ende les sería aplicable la totalidad del régimen dispuesto para las entidades que ejercen control sobre sus subordinadas.

La responsabilidad de la matriz por situaciones generadas por la subsidiaria o filial es y ha sido objeto de regulación legislativa. Así pues, tanto en el párrafo del artículo 148²⁹ de la Ley 222 de 1995, como en el artículo 61³⁰ de la Ley 1116 de 2006, se ha establecido que cuando la situación de concordato o liquidación obligatoria (en los términos de la Ley 222 de 1995) o de la insolvencia o liquidación judicial (en los términos de la Ley 1116 de 2006) haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud del control, ésta habrá de responder de forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Esta responsabilidad, tanto en lo dispuesto en la Ley 222 de 1995 como en la 1116 de 2006, será declarada por el juez del concurso mediante un proceso verbal sumario el cual deberá ser iniciado a solicitud de parte y dentro del cual la matriz, a través de

28 Véase Resolución Conjunta 0661-1333 del 24 de septiembre de 1999 expedida por la Superintendencias de Valores y por la Superintendencia de Sociedades.

29 Ley 222 de 1995, párrafo del artículo 148: “Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente”.

30 Ley 1116 de 2006, artículo 61: “Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente”.

sus apoderados, deberá demostrar que la insolvencia fue ocasionada por motivos o causas distintas a las decisiones que adoptó la controlante en la subordinada³¹.

La Corte Constitucional, en sentencia SU-636 de 2003, habida cuenta de que las sociedades Cementos El Cairo S.A., Fabricato S.A. y Coltejer S.A. habían sido declaradas como controlantes conjuntas de la sociedad Industrial Hullera S.A., en liquidación para efectos de proteger los derechos fundamentales de los pensionados de empresas en liquidación obligatoria, presumió transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la empresa controlante hasta cuando la justicia ordinaria decidiera el asunto con carácter definitivo. De igual forma, en un fallo *inter comunis*, como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio de carácter irremediable a una población vulnerable, ordenó a las matrices conjuntas responder subsidiariamente por las mesadas pensionales de los trabajadores, en caso de que la subordinada incurriera en cesación de pagos.

En similar forma —sin que fuera objeto de debate el tema del control conjunto— procedió la Corte Constitucional, en sentencia SU-1023 de 2001 (Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana) a proteger los derechos económicos de los trabajadores pensionados, ordenando a la controlante (Fondo Nacional del Café) a poner a disposición de la controlada, los recursos necesarios para ello.

La Ley 222 de 1995 introdujo el concepto de grupo empresarial, estableciendo, en su artículo 28 que:

Habrà grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección. Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

La existencia de un grupo empresarial implica obligaciones para los administradores de las sociedades controladas y controlantes. Así pues, estos han de presentar un informe especial a la asamblea o junta de socios en

31 Superintendencia de Sociedades, Concepto 220-070438, de abril 30 de 2009.

el que se exprese la intensidad de las relaciones económicas existentes entre tal grupo de empresas. Este informe ha de contener la descripción de las operaciones de mayor importancia celebradas entre la controlante y la(s) controlada(s). Asimismo, la matriz o controlante ha de preparar y presentar estados financieros consolidados de propósito general, que muestren la situación financiera, los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio, así como los flujos de efectivo de la matriz o controlante y sus subordinados, como si fuesen los de un solo ente. De igual forma, para los casos de la situación de control y del grupo empresarial, cuando quiera que se presenten las circunstancias que den lugar al tal caso, la sociedad controlante, dentro de los treinta días siguientes a aquel en el cual se den las circunstancias que den lugar a ello, inscribirá la situación de control o de grupo empresarial en la Cámara de Comercio respectiva. En caso de no hacerlo, ello podrá ser ordenado de oficio por la Superintendencia que vigile a la entidad controlante.

Esta ley contiene unas disposiciones proteccionistas a los intereses del Estado y de los accionistas minoritarios. La primera de ellas³² consiste en que los correspondientes organismos de inspección, vigilancia y control podrán comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados. En caso de verificar la irrealidad de tales operaciones o su celebración en condiciones considerablemente diferentes a las normales del mercado, en perjuicio del Estado, de los socios, o de terceros, impondrán multas y, si lo consideran necesario, ordenarán la suspensión de tales operaciones. La segunda³³ consiste en prohibir la imbricación accionaria entre las subordinadas y la controlante. Ello para garantizar la verdadera estructura funcional del grupo empresarial y para no replicar artificialmente los derechos y las obligaciones existentes para las controlantes, cuando ellas a su vez sean subordinadas. La sanción, en caso de violarse esta disposición, es la más grave establecida para los actos jurídicos: la ineficacia de las operaciones que se realicen en violación a dicha disposición. La tercera³⁴ consiste en que cuando se dé la situación de control, sólo podrá repartirse dividendo en acciones o cuotas liberadas de la sociedad a los socios que así lo acepten.

32 Artículo 31 Ley 222 de 1995.

33 Artículo 32 Ley 222 de 1995.

34 Artículo 33 Ley 222 de 1995.

Si bien la regulación expuesta y los anteriores fallos constitucionales son de obligatoria observancia para las sociedades tradicionales del Código de Comercio, no ocurre lo mismo en relación con las sociedades por acciones simplificadas³⁵ (SAS). Así pues, los fallos constitucionales antes analizados no le serían aplicables a estas últimas por tener ellas un régimen especial y preferente³⁶ de exclusión expresa de responsabilidad en el cual se establece que los accionistas de tales entes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes y que, salvo cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, estos no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad. De igual forma, las normas sobre grupos empresariales y sociedades controladas establecidas en la Ley 222 de 1995, en virtud de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, no le serían aplicables a las SAS sino cuando los estatutos de dichas sociedades guardaren silencio acerca de su propio régimen de matrices y filiales, y siempre y cuando el régimen contenido en el Código de Comercio no resulte contradictorio con la normatividad legal y estatutaria que las rige.

4.2 La regulación tributaria de los grupos empresariales en Colombia

La legislación tributaria amplía el concepto de grupo empresarial que se establece en la ley comercial. En tal sentido introduce la expresión “vinculados económicos o partes relacionadas” para indicar que, en materia fiscal, no sólo aquellas sociedades que se encuentren en los presupuestos de grupo empresarial, subordinación o control establecidos por la ley comercial tienen relevancia para los diferentes fines tributarios.

Esta expresión es utilizada en el régimen de precios de transferencia³⁷ para determinar que los contribuyentes que celebren operaciones con sus “vinculados económicos y partes relacionadas” están obligados a determinar sus ingresos ordinarios y extraordinarios, y sus costos y deducciones, considerando para esas operaciones los precios y márgenes de

35 La Ley 1258 de 2008 creó las denominadas sociedades por acciones simplificadas.

36 El establecido en los artículos 1, 43 y 45 de la Ley 1258 de 2008.

37 Artículo 260-1 del Estatuto Tributario.

utilidad que se hubieran utilizado en operaciones comparables o entre partes independientes. Para los efectos del régimen de precios de transferencia, el legislador establece que han de considerarse como “vinculados económicos o partes relacionadas” las partes que estén inmersas en los supuestos de los artículos 260, 261, 263 y 264 del Código de Comercio, 28 de la ley 222 de 1995 y 450 y 452 del Estatuto Tributario. Estos dos últimos artículos, propios del régimen del impuesto sobre las ventas (se encuentran ubicados en el libro tercero del estatuto tributario), establecen que existe vinculación económica en los casos en que la operación objeto del impuesto tiene lugar i) entre la matriz y su subordinada; ii) entre dos subordinadas de la misma matriz; iii) entre dos empresas cuyo capital pertenezca directa o indirectamente en un 50% o más a la misma persona natural o jurídica, con o sin residencia o domicilio en el país; iv) entre dos empresas, una de las cuales posee directa o indirectamente el 50% o más del capital de la otra; v) entre dos empresas cuyo capital pertenezca en un 50% o más a personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o único civil; vi) entre la empresa y el socio, accionista o comunero que posea el 50% o más del capital de la empresa; vii) entre la empresa y el socio o los socios, accionistas o comuneros que tengan derecho a administrarla; viii) entre dos empresas cuyo capital pertenezca directa o indirectamente en un 50% o más a unas mismas personas o a sus cónyuges o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, o afinidad o único civil; ix) cuando el productor venda a una misma empresa o a empresas vinculadas entre sí el 50% o más de su producción, evento en el cual cada una de las empresas se considera vinculada económica, y x) cuando una sociedad o entidad financiera, salvo aquellas vigiladas por la Superintendencia Financiera, que obtenga el 40% o más de sus ingresos operacionales de un grupo de compañías vinculadas, otorgue financiación a una de estas compañías.

En materia de impuesto sobre la renta, específicamente tratándose de deducciones, la ley tributaria extiende nuevamente las consecuencias fiscales de la “vinculación económica” al establecer, en el artículo 151 del Estatuto Tributario, que “No se aceptan pérdidas por enajenación de activos fijos o movibles, cuando la respectiva transacción tenga lugar entre una sociedad u otra entidad asimilada y personas naturales o sucesiones

ilíquidas, que sean económicamente vinculadas a la sociedad o entidad”. Esto constata que el término “vinculación económica” no se aplica únicamente al régimen de precios de transferencia, sino que opera también para efectos de impuesto a las ventas³⁸ y renta³⁹.

En cuanto a las obligaciones de orden formal, el artículo 631-1 del Estatuto Tributario establece que:

Para efectos de control tributario, a más tardar el treinta (30) de junio de cada año, los grupos económicos y/o empresariales, registrados en el registro mercantil de las cámaras de comercio, deberán remitir en medios magnéticos, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sus estados financieros consolidados, junto con sus respectivos anexos, en la forma prevista en los artículos 26 a 44 de la ley 222 de 1995 y demás normas pertinentes.

De la lectura del anterior artículo quedan claras dos cosas: i) que existe, para efectos tributarios, una diferencia entre el término “grupo empresarial” y “grupo económico”, y ii) que sólo aquellos que estén registrados en las cámaras de comercio como tales están en la obligación de reportar la información allí establecida.

Estos puntos han sido ampliamente definidos por la doctrina de la DIAN y por la jurisprudencia del Consejo de Estado, como pasa a exponerse a continuación:

En relación con el primer punto, es decir, como la diferencia —para efectos tributarios— entre “grupo económico” y “grupo empresarial” se definió por parte de la DIAN, en Concepto 060748 de 1999, que “los grupos económicos se diferencian de los grupos empresariales en que estos últimos además de presentar una situación de control, presentan unidad de propósito y dirección”. No obstante ello, en Concepto 35146 de 1999, la DIAN amplió su concepto de “grupo económico” estableciendo que: “Se entiende por grupo económico la integración de varias empresas, sociedades o aún personas naturales con fines eminentemente económicos o comerciales, guiadas por un objetivo común”. En sentencia de la Sección

38 Artículos 449 y 449-1 del Estatuto Tributario.

39 Artículo 151 del Estatuto Tributario.

Cuarta del Consejo de Estado de fecha 7 de septiembre de 2001⁴⁰, la Corporación estableció que “el término grupo empresarial ha sido empleado en el ámbito del comercio para identificar un conjunto de personas, naturales o jurídicas, que conservan cierta unidad de criterio en la administración, y principalmente en lo que tiene que ver con el control de los negocios”. El Concepto 060748 del 2 de julio de 1999 fue revocado expresamente por la DIAN mediante Concepto 48358 del 2009. Este último se produjo gracias a lo expuesto en las sentencias del 3 de octubre de 2007⁴¹, 27 de septiembre de 2007⁴², 3 de octubre de 2007⁴³, 12 de febrero de 2009⁴⁴ y 24 de mayo de 2007⁴⁵, las cuales estipulan que al no haber establecido el legislador la figura del grupo económico, mal podría la DIAN, vía interpretación, concluir que éste se da cuando existe simplemente subordinación de una sociedad para con otra. Máxime esto cuando la norma prevé una sanción por el no cumplimiento de una obligación impuesta para estos sujetos pasivos. Se concluye entonces que, hasta que ello no sea reglamentado por el ejecutivo en el sentido de determinar qué es exactamente un grupo económico, sólo los grupos empresariales están en obligación de suministrar estados financieros consolidados, so pena de incurrir la sanción establecida en el artículo 651 del Estatuto Tributario por no enviar información.

En concordancia con el segundo punto —relacionado con las personas obligadas a cumplir con el deber de realizar el envío de estados financieros consolidados— es importante establecer que la DIAN, mediante Resolución 2014 de octubre 12 de 1999, reglamentó el artículo 631-1 el Estatuto Tributario estableciendo, a partir del año 1999, “los formatos y especificaciones técnicas de la información tributaria que debe ser presentada”. Si bien ello debió haberse circunscrito precisamente a esto, es decir, a establecer los formatos y las especificaciones técnicas que debía contener la información que debía ser suministrada, en su artículo primero la DIAN estableció que: “la sociedad controlante o matriz de cada

40 Exp. 12179, Actor: Cales y Cementos de Toluviejo S.A., C. P. María Inés Ortiz Barbosa.

41 Exp. 15751, C. P. María Inés Ortiz Barbosa.

42 Industrias Pimpollo del Caribe S.A. vs. DIAN, Exp. 15626, C. P. María Inés Ortiz Barbosa.

43 MEALS Mercadeo de Alimentos de Colombia S.A. vs. DIAN.

44 Ricardo Andrés Sabogal vs. DIAN, Exp. 16295, C. P. Ligia López Díaz.

45 Suzuki Motor de Colombia S.A. vs. DIAN, Exp. 15309, C. P. María Inés Ortiz Barbosa.

uno de los grupos empresariales y/o económicos, registrados en el registro mercantil de las Cámaras de Comercio existentes en el país deberá suministrar anualmente la información”. El inciso segundo de dicho artículo establece que “De igual forma, la sociedad subordinada que cumpla con las características de sociedad controlante o matriz, deberá informar como tal, independientemente de la información del grupo empresarial al cual perteneciere”.

Asimismo, la Resolución 10148 de octubre 29 de 2005, reglamentó el artículo 631-1 del Estatuto Tributario, estableciendo el “contenido y características técnicas de la información tributaria” a que se refiere el mencionado artículo. El primer artículo reproduce casi textualmente lo dispuesto en el artículo primero de la Resolución 2014 antes expuesta, incluido lo establecido en el inciso segundo de dicha disposición. El artículo segundo dispone que cuando la controlante o matriz de un grupo empresarial o económico no se encuentre domiciliada en el país, la información deberá ser suministrada por la sucursal o subordinada que tenga el mayor patrimonio neto tomando para estos efectos el carácter de controlante o matriz. El artículo tercero establece que cuando la controlante o matriz del grupo económico o empresarial sea de naturaleza no societaria (entidades sin ánimo de lucro o personas naturales), la información deberá ser suministrada por la sucursal o subordinada que, estando domiciliada en Colombia, tenga el mayor patrimonio neto, tomando para estos efectos el carácter de controlante o matriz.

La jurisprudencia y doctrina han precisado el alcance de las disposiciones anteriormente transcritas, así:

En sentencia del 21 de febrero de 2005⁴⁶ el Consejo de Estado denegó las súplicas de una demanda que pretendía la anulación del inciso primero de la Resolución 2014 de 1999. El actor basaba su argumento en que el director de la DIAN se había atribuido facultades reglamentarias que por mandato constitucional correspondían al presidente de la República, y que obligar a la matriz a suministrar la información resultaba contrario a lo señalado en las normas vigentes. La Sala concluyó que la forma como había de ser presentada esta información estaba definida en la legisla-

46 Exp. 13749, C. P. Juan Ángel Palacio.

ción comercial, y a ella remitía la norma tributaria⁴⁷. Dispuso igualmente que lo que ha de regularse son las especificaciones técnicas para que tal información sea suministrada en medios magnéticos. En tal sentido, concluyó que la normatividad atacada no contraría las normas vigentes.

En sentencia del 12 de febrero de 2009⁴⁸ la Sección Cuarta del Consejo de Estado anuló la disposición transcrita en el inciso segundo del artículo 1 de la Resolución 2014 de 1999 (la cual se replicó de forma sustancialmente idéntica en la Resolución 10148 de 2005). En primer lugar, el Consejo de Estado no encontró que sobre el punto hubiese cosa juzgada conforme al artículo 175 del C.C.A., toda vez que el cargo planteado contra la misma norma

se concreta en dilucidar si conforme al artículo 35 de la Ley 222 de 1995 la elaboración de estados financieros sólo corresponde al grupo empresarial o económico en cabeza de la matriz o controlante y que por lo tanto las subordinadas no están obligadas a consolidar los estados financieros en los términos de la norma acusada.

Habida cuenta de que lo que se estudian son cargos diferentes, el Consejo de Estado, al emitir su fallo, determinó que:

[...] la solicitud múltiple de la misma en cabeza de la matriz y de las subordinadas en aquellos casos en que ejerzan control sobre otras sociedades del grupo empresarial, además de tornarse innecesaria, genera un nuevo hecho sancionable no previsto en el artículo 631-1 del Estatuto Tributario, el cual establece la sanción solamente en cabeza de la matriz o controlante que no remita estados financieros consolidados (art. 35 Ley 222 de 1995), y es evidente que en la estructura legal de un grupo o conglomerado de sociedades solamente existe un contratante (sic) [se refiere a “controlante”].

Visto esto, vale revisar el Concepto 048699 de 1999, el cual —por versar sobre un tema general— no ha sido revocado por otros conceptos sobre la materia que han surgido posteriormente. En este Concepto se pregunta: “¿Deben las matrices o controlantes extranjeras sin sucursales en Colombia preparar y presentar estados financieros consolidados a la

47 Artículo 95, Ley 488 de 1998.

48 Actor: Ricardo Andrés Sabogal vs. DIAN, C. P. Ligia López Díaz.

DIAN con los de sus sociedades subordinadas?” La respuesta de la DIAN es que las matrices o controlantes extranjeras sin sucursal en Colombia no están obligadas a preparar y presentar a la DIAN estados financieros consolidados con los de sus sociedades subordinadas, por cuanto no están obligadas a cumplir con el deber de registrar ante la Cámara de Comercio la situación de control que ejercen sobre sus subordinadas que se encuentran dentro del país. Ello por cuanto el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 sólo es aplicable dentro del territorio nacional y, por ende, sólo le es aplicable a las sociedades que se encuentren constituidas dentro de su territorio, ya sea porque se encuentren establecidas como tal o porque actúen a través de una sucursal debidamente reconocida. El concepto concluye diciendo que si las matrices o controlantes sin sucursal no están obligadas a inscribir su situación de control, mal podría exigírseles la presentación de estados financieros que consoliden su propia información y la de sus subordinadas.

Lo anterior lleva a pensar que lo dispuesto en el artículo segundo de la Resolución 10148 de 2005 es nulo o anulable por contrastar con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995. Ello por cuanto, como se ha definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, sólo los grupos empresariales están obligados a consolidar estados financieros y enviarlos a la DIAN. Como se ha visto, es claro que para que exista grupo empresarial, y por ende obligación de consolidar estados financieros y enviarlos a la DIAN, debe existir, además de subordinación, unidad de propósito y dirección, y registro de tal situación. Así pues, el hecho de que una filial de un grupo empresarial cuya matriz no esté domiciliada en el país deba actuar como matriz de otra(s) filial(es) del mismo grupo empresarial, con las cuales no necesariamente haya unidad de propósito y dirección, es contrario a lo establecido por el legislador comercial. Ahora bien, si a este supuesto le fuera aplicable la extensión que la ley tributaria hace de los grupos empresariales a los “vinculados económicos” o “partes relacionadas”, la obligación de consolidar estados financieros con éstos sería un verdadero sinsentido y una carga excesiva.

Por último, esta amalgama de obligaciones, interpretaciones y conclusiones deja abierta una discusión: ¿Quién debe consolidar: el grupo empresarial registrado ante la Cámara de Comercio o aquel que tenga la obligación de hacerlo? El artículo 631-1 del ET establece de forma clara e

inequívoca que “los grupos económicos (sic) y/o empresariales *registrados en el registro mercantil de las Cámaras de Comercio*, deberán remitir en medios magnéticos”. No obstante ello la DIAN, en Concepto 35146 de 1999, estableció que “La obligación de presentar a la DIAN los estados financieros consolidados antes del 30 de junio de cada año, se predica de los grupos empresariales y/o económicos *que se encuentren en la obligación de registrarse en la Cámara de Comercio respectiva*”. La diferencia entre lo establecido en la ley y la posición de la DIAN es diametral y las consecuencias de tal disociación son significativas, por cuanto, según la ley, sólo se estaría en mora de enviar información si una vez inscrita la situación de grupo empresarial, no se enviara la información dentro del término estipulado para ello. En cambio, según la interpretación de la DIAN, el contribuyente habría incumplido su obligación de enviar información desde el momento en que debió haber inscrito en el registro mercantil la situación de grupo empresarial.

4.3 La regulación contable de los Grupos Empresariales en Colombia

Según lo establecido en las circulares conjuntas 006 y 011 de las Superintendencias de Sociedades y Financiera,

El método de participación patrimonial es el procedimiento contable por el cual una persona jurídica o sucursal de una sociedad extranjera registra su inversión ordinaria en otra constituida en su subordinada o controlada, inicialmente al costo ajustado por inflación, para posteriormente aumentar o disminuir su valor de acuerdo con los cambios en el patrimonio de la subordinada subsecuentes a su adquisición, en lo que le corresponda según su porcentaje de participación.

Las contrapartidas de este ajuste en los estados financieros de la matriz o controlante deben registrarse en el estado de resultados y/o en la Cuenta 3225 Superávit Método de Participación.

El Método de Participación Patrimonial deberá utilizarse para la contabilización de cada una de las inversiones, de forma individual.

Es claro que la institución del método de participación patrimonial es una institución netamente contable. Ello lo confirma el hecho de que su regulación haya sido promulgada por las dos superintendencias antes men-

cionadas, en uso de sus facultades para impartir directrices contables a sus entidades vigiladas⁴⁹.

No obstante, en un principio lo anterior no fue claro para la DIAN, quien reputó que el método de participación patrimonial no era un simple método de contabilización de las inversiones, sino que constituía un sistema de valoración de inversiones aceptable fiscalmente para la determinación del valor patrimonial de las mismas.

La DIAN, en Concepto 29461 del 25 de marzo de 2008, cambió su doctrina al establecer que:

Este despacho ha sostenido reiteradamente (Conceptos 041336 de 1997, 002382 de 1998 y 047427 de 1999), con base en el análisis de la Circular Conjunta 009 y 13 del 17 de noviembre de 1996, emitida por la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Valores, que el método de participación patrimonial es un verdadero sistema de valoración de inversiones aceptable fiscalmente, al tenor del artículo 272 del Estatuto Tributario, para la determinación del valor patrimonial de las inversiones, para los contribuyentes obligados a utilizarlo de acuerdo con las disposiciones expedidas al respecto por las entidades de control.

No obstante, es necesario replantear esta tesis a la luz de los pronunciamientos emitidos por dichas superintendencias al resolver sendas consultas formuladas por la Asociación Nacional de Industriales (ANDI), según los cuales el Método de Participación Patrimonial es un método de contabilización mas no un sistema [...] de valoración.

[...] Recapitulando, el Método de Participación Patrimonial no es un sistema especial de valoración de inversiones para efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 272 del Estatuto Tributario y por otra parte, si en los procesos de fusión se atienden los parámetros señalados por la Superintendencia de Sociedades, no hay lugar a que como consecuencia de la fusión se

49 El Decreto 1080 de 1996, en su artículo 2 numeral 14 establece que: “La Superintendencia de Sociedades desarrollará las atribuciones administrativas y jurisdiccionales que le corresponden, mediante el ejercicio de las siguientes funciones: [...] 14) Unificar las reglas de contabilidad a que deben sujetarse las sociedades comerciales sometidas a su inspección, vigilancia y control”. A su vez, el decreto 4327 de 2005, en su artículo 11 numeral 14 establece que: “Son funciones del Despacho del Superintendente Financiero: [...] 14) Dictar las normas generales que deben observar las entidades supervisadas en su contabilidad sin perjuicio de la autonomía reconocida a estas últimas para escoger y utilizar métodos accesorios”.

realicen las utilidades o pérdidas que la sociedad matriz o controlante venía registrando, en aplicación del método de participación patrimonial.

Se reitera así la vocación contable de la institución *sub-examine*, en concordancia con las Circulares Conjuntas de la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Valores (actual Superintendencia Financiera), y sin contrariar lo estipulado en el artículo 61 del Reglamento General de Contabilidad (Decreto 2649 de 1993) cuyo texto indica:

Art. 61. Inversiones. Las inversiones están representadas en títulos valores y demás documentos a cargo de otros entes económicos, conservados con el fin de obtener rentas fijas o variables, de controlar otros entes o de asegurar el mantenimiento de relaciones con éstos. [...]

No obstante, las inversiones en subordinadas, respecto de las cuales el ente económico tenga el poder de disponer que en el período siguiente le transfieran sus utilidades o excedentes, deben contabilizarse bajo el método de participación, excepto cuando se adquieran y mantengan exclusivamente con la intención de enajenarlas en un futuro inmediato, en cuyo caso deben contabilizarse bajo el método de costo.

Es claro entonces que, contablemente, es a través del método de participación patrimonial que las entidades controlantes registran la participación patrimonial que tienen en sus controladas, salvo, claro está, que ésta se adquiera con la finalidad de ser enajenada, caso en el cual se contabilizaría bajo el método de costo.

El sistema de método de participación patrimonial introduce elementos compatibles con un eventual régimen de consolidación fiscal en Colombia, por cuanto permite las eliminaciones de cuentas intragrupalas permitiendo que, tal como sucede en la fusión, no se realicen, contablemente, las utilidades o pérdidas que la sociedad matriz o controlante venía registrando en aplicación del método de participación patrimonial.

5. Los beneficios de establecer un régimen de consolidación fiscal en Colombia

El establecimiento de un régimen de consolidación fiscal en Colombia sería el reconocimiento de una verdad absoluta: la gran mayoría de las

transacciones, nacionales e internacionales, tienen lugar entre vinculados económicos. Así pues, según Eicke, más del 70% del comercio mundial transfronterizo se realiza entre empresas vinculadas⁵⁰.

Si bien los regímenes fiscales de cada país, en relación con sus procedimientos para realizar la consolidación fiscal ofrecen beneficios diferentes, a continuación se enuncian los beneficios generales que otorga este sistema y que son aplicables —*mutatis mutandis*— a todos los regímenes fiscales. Ello por cuanto estos merecen ser estudiados cuidadosamente para su eventual inclusión en el régimen fiscal colombiano.

5.1 Beneficios generales del régimen de consolidación fiscal para el contribuyente

- Diferimiento o exclusión de tributación

La consolidación fiscal genera una ficción legal según la cual las operaciones que tengan lugar entre sociedades pertenecientes a un mismo régimen consolidado se reputarán como operaciones que han sido realizadas entre divisiones de una misma compañía, y por ende serán ignoradas fiscalmente por la Administración de Impuestos⁵¹.

Así pues, no habrá ganancia ocasional (o ganancias de capital) ni renta gravable en la enajenación de un activo entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo consolidado fiscal. Se difiere entonces el pago de dicho impuesto mientras subsista la consolidación fiscal. En otros casos, tal como el de Holanda, si la operación se realiza con por lo menos seis años de anticipación a la desconsolidación del grupo o a la venta del activo, se presumirá que la transferencia del activo no se realizó por finalidades tributarias, razón por la cual, al desconsolidar el grupo empresarial o al vender el activo, no se gravará este acto o transferencia con el impuesto de ganancias ocasionales o renta⁵².

50 Eicke, ob. cit., p. 268.

51 Véase <http://www.hlb.com.au/News-and-Events/News-and-Articles/Melbourne/Consolidation-for-SME-groups.aspx>

52 Müller, ob. cit., 290.

De igual forma, los dividendos pagados por las sociedades controladas a la sociedad controlante o a cualquier subsidiaria que yazca entre ellas, serán no constitutivos de renta para quien los perciba por considerarse que su pago constituye un simple movimiento de caja o recursos dentro de una misma entidad. Tampoco existirá retención en la fuente sobre dividendos cuando estos sean pagados a miembros del mismo grupo consolidado.

- Compensación de bases impositivas negativas

Al tomarse el grupo fiscal como un sólo contribuyente para fines fiscales, la controlante utilizará las bases impositivas negativas de sus subordinadas y filiales para, junto con las bases impositivas positivas de los demás miembros del grupo, determinar el saldo neto sobre el cual tributará.

De esta forma se evita que varias compañías tributen por no tener pérdidas con qué compensar su renta, mientras que otras compañías del mismo grupo tengan pérdidas que no puedan utilizar para minimizar la carga fiscal general no consolidada del grupo.

- Aplicación intragrupo de deducciones, descuentos, costos, pérdidas fiscales y demás minoraciones estructurales

La totalidad de las deducciones, los descuentos y los costos de las compañías del grupo consolidado será utilizada para la determinación del saldo neto sobre el cual tributará el grupo empresarial. De igual forma, las pérdidas fiscales y otras minoraciones estructurales (por ejemplo, excesos de renta presuntiva sobre renta líquida ordinaria) de una sociedad podrán ser utilizadas por el grupo para reducir su carga impositiva. Podría en este caso ser reconocido, para efectos contables⁵³ y fiscales⁵⁴, el

53 La Circular Conjunta 006 de 2005 de la Superintendencia de Sociedades y 011 de 2005 de la Superintendencia de Valores (hoy Superintendencia Financiera) que derogó la Circular Conjunta 007 y 004 de 1997, en relación con la contabilización del intangible y su amortización, precisó que: "4. No habrá lugar al reconocimiento del crédito mercantil adquirido cuando se trate de adquisiciones entre entidades controlantes y controladas o subordinadas, o entre entidades que tengan un mismo controlante o controlantes en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, o entre aquellas entidades que conforman un grupo empresarial de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 y siguientes de la Ley 222 de 1995".

54 A partir de la sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado de fecha 23 de Julio de 2009, Exp. 15311, C. P. Héctor J. Romero Díaz, la cual anuló parcialmente

crédito mercantil adquirido en adquisiciones entre entidades controlantes y controladas o subordinadas, o entre entidades que pertenezcan a un mismo grupo empresarial.

- Exoneración de la obligación de efectuar retenciones en la fuente por pagos a vinculados

Los pagos que se realicen entre vinculados, al presumirse que son transferencias entre un mismo ente jurídico, no serán sujetos de retención en la fuente por ningún concepto.

- Utilización de pérdidas producidas en el exterior

Las pérdidas que una sucursal de una sociedad del grupo padezca o presente en el exterior se reputarán como del grupo consolidado. No sucede lo propio cuando quien obtiene la pérdida es una filial de una empresa del grupo, toda vez que para ello sería necesario que la consolidación pudiese efectuarse de forma transfronteriza, cosa que requeriría un tratado bilateral entre ambas jurisdicciones o un acto supranacional que así lo determinara.

- Posibilidad de valorizar activos

De acuerdo con lo expuesto, es posible transferir un activo entre sociedades del mismo grupo consolidado sin que por ello se cause el impuesto de ganancias ocasionales (o de ganancias de capital) o de renta. Al transferirse el activo, este puede valorizarse a precios de mercado (*mark to market*) para reflejar así su valor real. Según lo expuesto, en algunos casos el impuesto se diferiría y en otros casos no se generaría.

- Transparencia fiscal para depreciación de activos

En algunas jurisdicciones⁵⁵ es posible que la adquisición de acciones de una empresa que haga otra perteneciente a un grupo consolidado pueda ser reputada como una operación fiscalmente transparente y, por ende,

el Concepto DIAN 23795 de 2005, es permitida la amortización fiscal del crédito mercantil adquirido.

55 http://en.wikipedia.org/wiki/Tax_consolidation

pueda el grupo empresarial entrar a depreciar directamente los activos que subyacen en el patrimonio de la adquirida, sin tener que transferir estos a ningún título.

- Reducción de costos de cumplimiento

Una ventaja innegable de este régimen es la posibilidad que se le otorga al contribuyente de ahorrarse unos gastos de cumplimiento significativos. Así pues, esto permitiría que los grupos empresariales que optaran por la consolidación tuviesen únicamente un departamento contable, un departamento fiscal, una revisoría fiscal y una contraloría que actuaran de forma central para todos los entes legales que conformen el grupo. Ello por cuanto se reputa que el grupo es un único ente para efectos fiscales, y por ende sólo requeriría la presentación de una declaración de renta.

5.2 Beneficios generales del régimen de consolidación fiscal para la Administración de Impuestos

- Solidaridad para el pago del impuesto o de las sanciones

Los sistemas que permiten la consolidación fiscal son enfáticos en establecer que el pago del impuesto, y en ciertas ocasiones de las sanciones e intereses, es una condición sine qua non para la procedencia de la consolidación grupal. Esto deviene en una clara ventaja para la administración de impuestos, pues aumenta la garantía que tiene el fisco sobre el gravamen debido por el grupo. En ciertas jurisdicciones esta garantía se extiende a los intereses, sanciones y demás.

- Reducción de costos administrativos en la fiscalización y vigilancia de las operaciones

A través de este mecanismo, la autoridad fiscal tiene una clara visión del grupo como ente funcional y económico, lo cual le permite ejercer un control más directo y cercano sobre el total de sus operaciones y sobre su actividad económica.

- Doble declaración

Varios países y jurisdicciones imponen a las controladas la obligación de presentar dos declaraciones de renta, una como si tributaran bajo el

régimen individual y otra como si fuesen a tributar bajo el régimen consolidado sin que, por supuesto, esta haya de presentarse con pago.

5.3 Implicaciones específicas de implementar un régimen de consolidación fiscal en Colombia

La implementación de un sistema de consolidación fiscal en Colombia implicaría la adopción de un régimen que subrogaría, para aquellos que se acogieren al mismo, varias disposiciones del Estatuto Tributario colombiano, al igual que del régimen comercial y contable, a saber:

- Las disposiciones sobre retención en la fuente por dividendos⁵⁶.
- Las disposiciones sobre IVA en venta de bienes o servicios a empresas pertenecientes al mismo grupo fiscal.
- Las disposiciones sobre retención en la fuente por pagos realizados a vinculados pertenecientes al mismo grupo fiscal.
- Las disposiciones por renta o ganancia ocasional por la enajenación de activos a vinculados pertenecientes al mismo grupo fiscal, por un valor superior al de su costo fiscal.
- Las disposiciones sobre enajenación de activos y realización de operaciones a precios de mercado entre vinculados pertenecientes a un mismo grupo fiscal.
- Las disposiciones sobre principios contables que le fueran contrarias al presente régimen.
- Las disposiciones sobre precios de transferencia, en caso de que se suscriban CDI que permitan la consolidación fiscal internacional⁵⁷.

⁵⁶ Artículo 49 del Estatuto Tributario, y Decreto Reglamentario 4980 del 27 de diciembre de 2006.

⁵⁷ La implementación del régimen de Precios de Transferencia en Colombia tuvo lugar a raíz de la expedición de la Ley 788 de 2002, por medio de la cual el legislador pretendió configurar un sistema de control y vigilancia para las operaciones realizadas entre los contribuyentes del impuesto sobre la renta y sus vinculados, y partes relacionadas del exterior, con el objeto de que éstas se ajustaran al giro ordinario de los negocios y no se tergiversasen para favorecer los intereses fiscales de las partes.

Las obligaciones que para tales personas imparte la normatividad antes citada son las siguientes:

6. La incidencia de los actos supranacionales y de los tratados de doble imposición suscritos por Colombia en el régimen de consolidación fiscal de los grupos empresariales colombianos

La consolidación fiscal, como sistema optativo para la conducción financiera, tributaria y contable de grupos empresariales colombianos, solo puede incorporarse al ordenamiento jurídico interno mediante una ley (reforma tributaria) que así lo permita. En un entorno internacional, esta puede implementarse, bien sea a través de la consagración que de ella

1. Determinar para efectos del impuesto sobre la renta los ingresos ordinarios y extraordinarios, costos y deducciones de conformidad con los precios y márgenes que se hubieran utilizado en operaciones comparables entre partes independientes.
2. Preparar y conservar la documentación comprobatoria de las operaciones que se realicen con vinculados o partes relacionadas por un término de cinco (5) años.
3. Presentar anualmente una declaración informativa que recoja las operaciones celebradas con vinculados o partes relacionadas del exterior.

Los artículos 260-1 y siguientes del Estatuto Tributario se refieren a los contribuyentes del impuesto sobre la renta sujetos a la normativa de precios de transferencia, sometiendo a aquellos que celebren operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas del exterior.

Adicionalmente, en caso de que la sociedad sea controlante o matriz estará obligada a presentar declaración informativa consolidada cuando la controlante o matriz o cualquiera de las sociedades subordinadas o controladas tengan la obligación legal de presentar declaración informativa individual.

Ulteriormente, es preciso mencionar que de conformidad con el párrafo 2º del artículo 260-6 del Estatuto Tributario, se presume que las operaciones entre residentes o domiciliados en Colombia y residentes o domiciliados en paraísos fiscales en materia de impuesto sobre la renta, son operaciones entre vinculados económicos o partes relacionadas, por tanto les serán aplicables las normas relacionadas con precios de transferencia, prescindiendo del patrimonio bruto o ingresos brutos del contribuyente. Tal cuerpo normativo, a pesar de su claridad, aún no goza de aplicación, toda vez que se encuentra supeditado a la calificación que el Gobierno Nacional realice de las jurisdicciones que tendrán el carácter de paraíso fiscal, reglamentación sin la cual no es posible predicar la obligación de determinación de precios de transferencia, ni de declaración de información. Tal posición ha sido avalada por la administración de Impuestos mediante el Oficio 032131 de 30 de abril de 2007.

Así pues, sólo a través de la suscripción de un CDI o de algún otro tratado internacional de naturaleza fiscal que así lo establezca, podría Colombia, por la aplicación de una norma de carácter supranacional, abstenerse de aplicar el régimen de precios de transferencia sobre la transferencia a cualquier título de activos entre empresas pertenecientes a los dos países signatarios cuando los mismos efectúen una operación de consolidación fiscal internacional.

se haga en un acto supranacional que subrogue⁵⁸ lo que le sea contrario de la legislación fiscal de los países donde se pretenda implementar, y los cuales estén a su vez adheridos al tratado cuyo órgano de decisión emite el acto supranacional, o a través de los CDI que tiendan a regular los efectos fiscales que tendría la implementación de un sistema de consolidación fiscal del cual hagan parte sociedades (residentes) de un Estado contratante en otro Estado contratante.

En tal sentido, se resalta que países como España, Holanda y Austria tienen sus propios regímenes internos en relación con los mecanismos de consolidación fiscal que consideran más convenientes y apropiados, y a su vez tienen las prerrogativas y los derechos de la consolidación fiscal transnacional que les da el ser miembros de la Unión Europea.

Como se dijo al inicio de este estudio, Colombia está adentrándose rápidamente al ámbito de los CDI, pero aún falta mucho para que pueda contar con una red importante de tratados de doble imposición. En relación con los tratados que hoy tiene suscritos (y, como se dijo, sólo está en aplicación el CDI Colombia-España), estos, por basarse en el Modelo de Convenio OCDE para evitar la doble imposición, no contienen un artículo que verse sobre los derechos y las obligaciones de los residentes de un Estado que hagan parte de una “unidad fiscal” cuyo controlante sea un residente de otro Estado. Nada obsta para que en un futuro cercano los tratados que entren a negociarse, tal como lo son los CDI con Australia y Korea del Sur, entre otros, contengan un artículo que regule esto y permita, por ende, la consolidación fiscal transnacional entre personas residentes en los Estados contratantes.

En el estado actual de cosas, podría sólo darse, para Colombia, una especie de consolidación fiscal transfronteriza, cual es aquella entre un establecimiento permanente que en España tenga un residente colombiano, en relación con las empresas que estén directamente relacionadas con tal establecimiento permanente. Así pues, por ejemplo, si una empresa cementera colombiana opera, a través de un establecimiento permanente (EP), una mina en España, y tal establecimiento permanente

58 Véase Rodríguez Piedrahíta, Adrián F., “Régimen Andino para evitar la doble tributación. Una aproximación a la Decisión 578”, en *Estudios de Derecho Internacional Tributario. Los Convenios de Doble Imposición*, 1 ed., ICDDT, p. 632.

es propietario de acciones de las empresas Sub 1 y Sub 2, dedicadas a la extracción minera, podría darse la consolidación fiscal entre aquellas, siendo EP la controlante y Sub 1 y Sub 2 las controladas. Ello, no en virtud del CDI Colombia-España sino por cuanto así lo dispone expresamente la ley interna española. Los beneficios del CDI Colombia-España se reflejarían en el impedimento a la doble imposición del establecimiento permanente de la empresa colombiana en España.

De igual forma Colombia, junto con Bolivia, Perú y Ecuador, hacen parte de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), acuerdo de integración regional que según lo dispuesto en el artículo 1 del Acuerdo de Cartagena, tiene por objeto “promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social”.

Si bien la Decisión 578 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) del 4 de mayo de 2004 es un acto supranacional⁵⁹ que tiene un alcance específico (el cual es ser un régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal) debiera ser adoptada otra decisión que permita expresamente la consolidación fiscal internacional de las empresas que conforman los grupos empresariales en los países pertenecientes a la CAN. Esto como una medida tendiente a la integración real económica de las economías de la región.

7. Conclusiones

Colombia tiene dos regulaciones para los grupos empresariales; la societaria y la fiscal. Ambas regulaciones se contradicen y se modifican la una a la otra, sin tener ninguna de ellas un fin claro o preciso, o una razón de ser específica. No obstante lo anterior, las regulaciones antes mencionadas generan una carga bastante dispendiosa que ha de ser cumplida por el contribuyente so pena de ser sancionado.

59 Rodríguez Piedrahíta, ob. cit., p. 632. La Decisión 578 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) del 4 de mayo de 2004 “no es (como comúnmente se hace referencia a ella) un tratado para evitar la doble tributación en materia de renta y patrimonio, es un acto supranacional adoptado por la Comisión de la Comunidad Andina que subroga el régimen interno tributario de los países miembros, para dar paso a la aplicación preferente de las disposiciones contenidas en dicho acto”.

Colombia tiene un gran número de grupos empresariales, los cuales son el motor de la economía y la mayor fuente de trabajo del país. Ello implica que urge redireccionar la política existente frente a los grupos empresariales, reconociendo la realidad económica consistente en que estos conforman una unidad económica, y que como tal deben tributar.

Las reflexiones que aquí constan permiten concluir que los más avanzados regímenes fiscales consagran la consolidación fiscal como una opción válida de gestión tributaria, y como una opción justa y lógica para el contribuyente. En tal sentido, Colombia ha de adentrarse en el estudio de la viabilidad o no de acoger un régimen de consolidación fiscal o de desmontar la regulación de grupo empresarial que poco o nada contribuye a facilitar la creación de empresa por parte de los inversionistas nacionales y extranjeros.

8. Bibliografía

Eicke, Rolf, "Tax Planning With Holding Companies – Repatriation of U.S. Profits From Europe; Concepts, Strategies, Structures", Eucotax, Kluwer Law International, p. 131.

Fernández Pérez, Arturo M., Sylvia Meljem Enríquez de Rivera y Christian Natera Niño de Rivera, "Análisis al régimen de consolidación fiscal". En http://contaduria.itam.mx/html/proyectos_y_publicaciones/articulos/una_agenda_para_las_finanzas_publicas_mex.pdf

Müller, Johannes, "The Netherlands in International Tax Planning", 2 ed. Rev., IBFD, 2007, p. 261.

Rodríguez Piedrahíta, Adrián F., Régimen Andino para evitar la doble tributación. Una aproximación a la Decisión 578, en *Estudios de Derecho Internacional Tributario. Los convenios de doble imposición*, ICDT, p. 632.

Sparagna, Giovanna Terese, IFA, *Cahiers de Droit Fiscal*, 2004, p. 711.

Terra, Ben J. M. y Peter J. Wattel, *European Tax law*, 5 ed., Kluwer, 2008, p. 117.

[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/.](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/)

[http://www.internationaltaxreview.com/default.asp?Page=9&PUBid=210
&ISS=23959&SID=690514](http://www.internationaltaxreview.com/default.asp?Page=9&PUBid=210&ISS=23959&SID=690514)

[http://www.internationaltaxreview.com/includes/magazine/PRINT.asp?SI
D=716744&ISS=25283&PUBID=35](http://www.internationaltaxreview.com/includes/magazine/PRINT.asp?SID=716744&ISS=25283&PUBID=35)

[http://www.hlb.com.au/News-and-Events/News-and-Articles/Melbourne/
Consolidation-for-SME-groups.aspx](http://www.hlb.com.au/News-and-Events/News-and-Articles/Melbourne/Consolidation-for-SME-groups.aspx)

http://en.wikipedia.org/wiki/Tax_consolidation