

OFICIO 220-056752 DEL 29 DE MARZO DE 2016

ASUNTO: FUSIÓN INVERSA O FUSIÓN INVERTIDA. TRATAMIENTO JURÍDICO Y CONTABLE EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el número 2016-01-068483, mediante la cual eleva una consulta relacionada con la figura de la fusión inversa, y previa exposición de las razones que justificarían la operación descrita, formula las siguientes preguntas:

- a) ¿Bajo la legislación vigente en Colombia es viable adelantar una fusión inversa, mediante la cual la sociedad filial o subordinada (sociedad absorbente) absorbe a su sociedad matriz o controlante (sociedad absorbida)? ¿ Existe alguna diferencia en caso que dicha filial absorbente se o no ciento por ciento (100%) de la sociedad matriz que será absorbida por esta?
- b) ¿Qué tratamiento jurídico y contable debería dársele a este tipo de fusión?
- c) ¿Qué régimen y requisitos se deben cumplir para adelantar una fusión inversa?"

Sobre el particular se debe señalar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, mas no en relación con una sociedad o una operación en particular, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Anotado lo anterior es pertinente efectuar las siguientes consideraciones de orden normativo y conceptual.

En primer lugar hay que consultar los términos y condiciones en que la fusión está consagrada en la legislación mercantil colombiana. Así se tiene que de conformidad con el artículo 162 del Código de Comercio, la fusión es una reforma estatutaria, que el artículo 172 ibídem, define así:

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

La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión”

Los artículos 173 a 180 del citado código en concordancia con los artículos 11 y 12 de la Ley 222 de 1995, se ocupan de señalar los requisitos para la aprobación de la decisión que han de tomar los órganos sociales respectivos, las condiciones que debe contener el compromiso de fusión, la publicidad que ha darse al público y los acreedores, las reglas en materia de derecho de retiro, las reglas para la

formalización de la reforma, los efectos patrimoniales y económicos, entre otros asuntos.

I

Adicionalmente, el proceso de fusión así concebido, puede adelantarse en cualquier momento, sea durante el funcionamiento de la sociedad, o con posterioridad a su disolución, situación que contempló el artículo 31 de la Ley 1429 de 2010 cuando señaló "...Cualquier sociedad en estado de liquidación privada podrá ser parte de un proceso de fusión o escisión....".

Son entonces las disposiciones legales anteriores, las que en el derecho positivo colombiano regulan la reforma estatutaria denominada fusión de sociedades.

En tal virtud es claro que a la luz del artículo 172, nuestro ordenamiento mercantil, sólo considera dos modalidades de fusión, de una parte la fusión por creación y de otra, la fusión por absorción, donde la primera se caracteriza por la integración de cualquier sociedad en otra de nueva creación, con extinción de las entidades absorbidas y la transmisión en bloque de todo su patrimonio social a la nueva, mientras que la segunda, consiste en la integración de sociedades en otra que ya existía, la cual adquirirá el patrimonio social de las absorbidas, lo que supone proceder al consiguiente aumento de capital, advertencia expresa de que solo se podrá dar tal operación, con la integración de sociedades.

Lo anterior con la salvedad en este punto, en el sentido de que es viable que una sociedad absorba a una empresa unipersonal, amén de la remisión prevista en el artículo 80 de la Ley 222 de 1995, según la cual "...se aplicará a la empresa unipersonal en cuanto sean compatibles, las disposiciones relativas a las sociedades comerciales y, en especial, las que regulan la sociedad de responsabilidad limitada.....".

Ahora bien, de acuerdo con la condición establecida en la norma invocada, al realizarse la fusión, la sociedad que se cree con ocasión del proceso o la sociedad absorbente, adquiere de inmediato todos los derechos y obligaciones de la sociedad absorbida, lo que desde el punto de vista jurídico como contable, implica que la absorbente asume la totalidad de los activos y pasivos de la absorbida. Como explica el profesor Francisco Reyes Villamizar, actual Superintendente de Sociedades "Se trata de una transferencia sub specie universalitatis, que significa que no es necesario el cumplimiento de una multiplicidad de actos jurídicos individuales para que se produzca la transmisión íntegra de los activos y pasivos de todas las sociedades fusionadas a la compañía fusionante (nueva o absorbente). La transferencia patrimonial opera, ipso iure, a título universal".i

En igual sentido esta Superintendencia a través del Oficio 220-048665 del 12 de abril de 2011, precisó "la fusión supone una transmisión in universum ius del patrimonio de todas las sociedades fusionadas a favor de la nueva sociedad o de la absorbente. Al transmitir en bloque su patrimonio las sociedades transmitentes se extinguen, y al extinguirse se opera una sucesión universal a favor de la absorbente o de la nueva. Los nexos obligacionales, los derechos reales, los derechos sobre bienes inmateriales, etc., se transmiten subsumidos en ese bloque patrimonial que constituye una unidad jurídica. Pero esa unidad de derecho continúa siendo idéntica a sí misma, inalterada; únicamente ha cambiado su titular jurídico. El poder de disposición ha pasado de una sociedad a otra, eso es todo".

Por su parte, como un mecanismo diferente al de la fusión consagrada en el artículo 172 del Código citado, el artículo 180 del mismo código prevé la posibilidad de constituir una nueva sociedad con el fin de que continúe los negocios que venían en cabeza de otra persona ya disuelta y en estado de liquidación, a través de la decisión en el seno de la asamblea o junta de socios de esta última, lo que se denomina **fusión impropia**, fenómeno de reorganización empresarial, al que este Despacho se ha referido en diversas oportunidades, particularmente en los Oficios 220-084968 del 19 de junio de 2009 y 220-124805 del 6 de agosto de 2014 que expresan su criterio vigente en torno al tema.

Con posterioridad la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008, "por la cual se crea la sociedad por acciones simplificada", en el artículo 30 determina que sin perjuicio de las disposiciones que la citada ley prevé, las normas a que hace referencia el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995, le serán aplicables a la fusión en el caso de las S.A.S. atendiendo que según los términos del párrafo del mismo artículo "Los accionistas de las sociedades absorbidas o escindidas podrán recibir dinero en efectivo, acciones, cuotas sociales o títulos de participación en cualquier sociedad o cualquier activo, como única contraprestación en los procesos de fusión o escisión que adelanten las sociedades por acciones simplificadas".

Adicionalmente, el artículo 33 ibidem, establece para las SAS una nueva modalidad de fusión, denominada **Fusión Abreviada**, la cual como su nombre indica, trata de reducir o en otras palabras de simplificar los trámites para llevar a cabo una fusión de las que la legislación mercantil regula.

En efecto al tenor de la norma se tiene que "En aquellos casos en que una sociedad detente más del noventa (90%) de las acciones de una sociedad por acciones simplificada, aquella podrá absorber a esta, mediante determinación adoptada por los representantes legales o por las juntas directivas de las sociedades participantes en el proceso de fusión.

El acuerdo de fusión podrá realizarse por documento privado inscrito en el Registro Mercantil, salvo dentro de los activos transferidos se encuentren bienes cuya enajenación requiera escritura pública. La fusión podrá dar lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en los términos de la Ley 222 de 1995, así como a la acción de oposición judicial prevista en el artículo 175 del Código de Comercio.”

En este orden de ideas, es dable afirmar que la legislación mercantil no consagra norma alguna que haga referencia expresa a un tipo de **Fusión Inversa** propiamente dicho.

No obstante lo anterior, es sabido que la doctrina contemporánea se ocupa de la figura en mención. En su trabajo “La Fusión de sociedades mercantiles en España, paralelo con la legislación colombiana”,ⁱⁱ el profesor colombiano Wilson Herrera Robles, explica que la Fusión Inversa o Invertida, consiste en la absorción de una sociedad matriz por su filial.

Igualmente, en una obra del Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de Chile (Legislación Tributaria Aplicada), los autores Carmen Gloria Jorquera y Cristián Pincheira Castro, sostienen que “La fusión inversa es una subclasificación de Fusión, con la particular característica de ser la entidad filial la que absorbe a su matriz. No existe un concepto legal a nivel nacional de fusión inversa, tampoco la doctrina establece un concepto analítico de Fusión Inversa, limitándose a enunciar sus características.

En vista de lo anterior, proponemos el siguiente concepto de Fusión Inversa:

“Es aquella fusión vertical por la cual una sociedad filial absorbe a su matriz, la que se disuelve transmitiendo la totalidad de su patrimonio y accionistas o socios a esta última, que la sucede en todos sus derechos y obligaciones”. Al tratarse la fusión inversa de una sub clasificación de fusión, posee los elementos y características generales o comunes a toda fusión.

“[.....]”.

Por su parte y aunque para efectos fiscales, el Artículo 319-5 del actual Estatuto Tributario contempla el concepto de “**Fusiones y escisiones reorganizativas**”, y al efecto establece que “Se entiende por tales, aquellas fusiones en las cuales las entidades participantes en la fusión estén vinculadas entre sí y aquellas escisiones en las cuales la entidad escidente y las entidades beneficiarias, si existieren al momento de la escisión, estén vinculadas entre sí. También tendrán el carácter de fusiones reorganizativas aquellas fusiones por absorción entre una sociedad matriz y sus subordinadas. (...) Para efectos de la determinación de la existencia o

no de vinculación, se acudirá a los criterios establecidos en el artículo 260-1 de este Estatuto.... ”

Conclusiones

En el entendido que al amparo de la normatividad que gobierna en el país el tratamiento de la fusión de sociedades, la operación propuesta correspondería a la modalidad de una fusión por absorción, en la que la sociedad absorbente es filial de la absorbida, que es su matriz o controlante, y teniendo en cuenta que las disposiciones legales antes invocadas, no establecen condiciones especiales, ni restricciones de ninguna índole para la fusión, en consideración a la relación de control que pudiere existir entre las sociedades intervinientes, lo que igualmente se predica respecto de las normas que en materia de matrices y subordinadas consagran los artículos 26 y siguientes de la Ley 222 de 1995, las que no hacen siquiera referencia a los procesos indicados, es dable colegir a juicio de esta Entidad, que una integración de las características descritas, que fiscalmente responde al concepto de fusión reorganizativa, puede ser viable jurídicamente, independientemente de que la sociedad resultante, sea la subordinada como en esta oportunidad se plantea, sin que por la ocurrencia de esa sola circunstancia se exijan condiciones o requisitos diferentes a los que las disposiciones legales aludidas imponen para ese efecto, bien que la filial absorbente sea o no ciento por ciento (100%) de la sociedad matriz que será absorbida .

Las mismas razones le han servido de fundamento a esa Superintendencia para sustentar su criterio en el sentido de que al no existir norma legal que de manera tácita o expresa lo prohíba, es viable el proceso de fusión a través del cual la matriz absorba su subordinada, siempre que desde el punto de vista jurídico y contable se cumplan los requisitos y formalidades que los estatutos y la ley imponen.iii

En lo que corresponde al tratamiento contable, la Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control, mediante Memorando 300-000230 del pasado 17 de marzo manifestó que en su concepto, la fusión en virtud de la cual una sociedad subordinada absorbe a su matriz titular del 100% de sus acciones, no está sujeta a un tratamiento contable especial. En su opinión, es de destacar “que las acciones de la absorbida en la absorbente serán canceladas con efecto neutro en su capital y deberán ser expedidas nuevamente a favor de los accionistas de la absorbida en la misma proporción que tenían en esta, a menos que los asociados, por unanimidad, acuerden una distribución diferente”:

Para recapitular, basta reiterar que régimen y los requisitos aplicables frente a la operación referida, son los mismos que en general deben tenerse en cuenta para

la realización de la fusión en los términos del artículo 172 del Código de Comercio y demás normas concordantes, atendiendo así mismo que de conformidad con el numeral 7, artículo 84, de la Ley 222 de 1995, a la Superintendencia de Sociedades le corresponde “autorizar las reformas estatutarias consistentes en fusión y escisión” respecto de las sociedades sometidas a su vigilancia.

A ese propósito procede remitirse a la CIRCULAR BASICA JURIDICA, particularmente al CAPITULO VI (reformas estatutarias), que señala las directrices para adelantar entre otras la reforma de la Fusión en general, concretamente el régimen de autorización general en fusiones y escisiones –Instrucciones de transparencia y revelación de la información y el Régimen de autorización previa,

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.