

OFICIO 220- 050936 DEL 28 DE FEBRERO DE 2020

**ASUNTO: FUSIÓN INTERNACIONAL- OBLIGACIÓN DE INCORPORAR UNA
SUCURSAL DE LA SOCIEDAD EXTRANJERA ABSORBENTE EN COLOMBIA.**

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia, mediante la cual, previas las siguientes consideraciones de hecho, consulta:

CONSIDERACIONES DE HECHO:

- a) Una sociedad colombiana tiene como únicas actividades comerciales arrendar bienes inmuebles propios y ser titular de unas acciones inscritas en bolsa.
- b) La sociedad colombiana pretende fusionarse con una sociedad extranjera siendo la sociedad extranjera la sociedad absorbente.
- c) Que de acuerdo los Oficios N° 220-201450 del 02-12-2013 y 220-100742 del 17/09/2019 (entre otros) cuando se produce una fusión internacional en la cual la absorbente es la sociedad extranjera, necesariamente se requiere constituir una sucursal en Colombia.
- d) Igualmente, el Oficio N° 220-201450 del 02-12-2013 determina que si no se constituye la sucursal en Colombia no es posible realizar la fusión internacional, siendo la única opción jurídica la liquidación de la sociedad colombiana.

I. SOLICITUD:

- a) Respetuosamente se solicita aclarar el Oficio N°. 220-201450 del 02-12-2013 en el sentido de establecer que, en una fusión internacional, cuando la absorbente sea una sociedad extranjera, solo se requiere constituir una sucursal en Colombia cuando las actividades que desarrollará la sociedad extranjera, luego de la fusión, constituyan actividades permanentes.
- b) Determinar que, cuando perfeccionada la fusión, la sociedad extranjera absorbente no vaya a realizar actividades permanentes en Colombia no tiene la obligación de constituir una sucursal, y que la fusión bajo este escenario es una figura viable, no siendo necesario acudir a la liquidación de sociedad colombiana.

Dentro de las consideraciones propuestas, expone las siguientes:

- (i) El artículo 471 establece que las sociedades extranjeras que decidan realizar negocios permanentes en Colombia deben establecer una sucursal en el territorio nacional y para el efecto, transcribe el oficio 220-144806 del 26 de septiembre de 2018
- (iii) La normatividad cambiaria no exige a las sociedades extranjeras la constitución de sucursales para la realización de inversiones de portafolio o en inmuebles, para lo cual basta cumplir con disposiciones cambiarias sobre la materia.
- (iv) A la luz del artículo 172 del Código de Comercio, mediante el proceso de fusión una o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva. La absorbente o la nueva compañía adquiere los derechos y las obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.

El Código de Comercio y la Circular Básica Jurídica 100-000005 del 22 de noviembre de 2017 establecen los requisitos para llevar a cabo el procedimiento de fusión, por lo tanto, cumpliéndose dichos requisitos, la fusión es la figura apta para transferir el patrimonio sin llevar a cabo la liquidación de las sociedades absorbidas.

- (v) Mediante Oficio N° 220-201450 del 02-12-2013, la Superintendencia de Sociedades señaló que en caso de fusión internacional en la cual la sociedad extranjera obra como absorbente se requiere necesariamente la constitución de una sociedad extranjera
- (vi) El Oficio N° 220-201450 del 02-12-2013 debe ser aclarado considerando que:
 - a) Las inversiones de portafolio o en inmuebles no implican una actividad permanente, sino que corresponden a una sola operación particular y concreta en los términos del Oficio 220-144806 del 26 de septiembre de 2018 antes referido.
 - b) Las inversiones de portafolio o en inmuebles realizadas directamente por una sociedad extranjera a través el mercado cambiario no exigen la constitución de una sucursal en Colombia. Teniendo en cuenta lo anterior, no tiene sentido se dé un trato diferente a las inversiones de portafolio y en inmuebles que se produzcan como consecuencia de una fusión internacional en la que la sociedad extranjera obre como sociedad absorbente.
 - c) La fusión internacional es un mecanismo válido que permite realizar la transferencia universal del patrimonio sin necesidad de liquidar las sociedades



absorbidas. No existe norma alguna que impida utilizar esta figura cuando la sociedad extranjera absorbente no vaya a mantener negocios permanentes en Colombia

La libertad de empresa está consagrada como un derecho según el artículo 333 de la Constitución Política. Esta facultad, según la Corte Constitucional, constituye la posibilidad de ejercer cualquier actividad lícita sin interferencias injustificadas. En este sentido, el empresario debe tener la libertad de proceder a perfeccionar la reorganización del patrimonio bien sea a través de una fusión internacional o a través de la liquidación de la sociedad colombiana.

d. El artículo 4 de la Constitución Política establece la obligación de acatar la constitución y las leyes. Este artículo es el fundamento del principio según el cual “lo que no está prohibido está permitido” y no existe ninguna disposición legal que para el caso objeto de estudio obligue al empresario a realizar una liquidación en vez de una fusión internacional.

e. El Estatuto Tributario permite realizar las fusiones internacionales aun en los eventos en los que la absorbente sea una sociedad extranjera, caso en el cual la fusión será grabada en los términos del artículo 319 - 7 del Estatuto Tributario.

De manera preliminar es necesario precisar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 de 2015, el derecho de petición en la modalidad de consulta tiene por objeto conocer un concepto u opinión de la Superintendencia sobre las materias a su cargo. Por tal razón, no está dirigido a resolver situaciones concretas, menos aún a asesorar a los peticionarios en la solución de diferencias relativas a la ejecución de actos o decisiones de los órganos sociales en los que tengan interés como socios, administradores o asesores legales, ni en la interpretación de contratos, pues en esta instancia sus respuestas, se repite, son generales y abstractas, motivo por el cual no tienen carácter vinculante ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

Antes de resolver las inquietudes propuestas, debe señalarse que el pronunciamiento se realiza sobre la base de que la sociedad colombiana titular de las acciones inscritas en bolsa, que de acuerdo con el escrito de la consulta va a ser absorbida por una sociedad extranjera, no es una sociedad emisora de valores vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Efectuada la anotación que antecede, conviene precisar, el concepto de fusión, para cuyo propósito se transcribe el artículo 172 del Código de Comercio, en el que se expresa lo siguiente: *“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.”



De la referida disposición, con claridad se desprende que para que haya fusión se requiere que una o más sociedades se disuelvan **para ser absorbidas por otra o por una nueva que se crea para el efecto**, en este sentido, la operación descrita ocurre solo en la medida en que se cumplan las condiciones dispuestas en la ley para el efecto.

Para describir este fenómeno, tratadistas como el doctor Francisco Reyes Villamizar en su libro “Derecho Societario” Tercera edición página 111, expresa lo siguiente:

*“Se trata de una transferencia sub specie universalitatis, la cual significa que no es necesario cumplir 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 (in universum ius). Los distintos bienes, derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas se transmite uno actu. Lo anterior implica, así mismo, que se produce una transferencia pura y simple de la totalidad de las obligaciones en cabeza de las sociedades fusionadas, sin necesidad de novación. Ello se debe a que, en general, no es necesaria la aprobación de los acreedores como ocurriría en un procedimiento normal de novación de obligaciones, de acuerdo con el Código Civil. **La transferencia en bloque que se origina en esta operación, significa que aun aquellas obligaciones cuyo surgimiento se produzca con posterioridad a la fusión, debido a causas anteriores a este negocio jurídico, comprometerán la responsabilidad de la sociedad supérstite (absorbente o de la nueva creación)**”* La negrilla no es del texto.

Por su parte, la Superintendencia de Sociedades mediante Oficio 220-037730 del 3 de julio de 2007, expresó entre otras, lo siguiente:

*“(…) Como operación de reorganización empresarial que comporta la fusión, la misma genera una serie de efectos jurídicos y económicos entre los que puede citarse el relativo a la transferencia en bloque de la totalidad de los activos **de la sociedad o sociedades absorbidas a favor de la sociedad absorbente**, lo que significa que se trata de una transferencia a título universal de los bienes, por lo que no se requiere de una multiplicidad de actos jurídicos para llevar a cabo el traspaso de los activos de la sociedad fusionada.*

La mencionada característica trae como consecuencia que si dentro de los activos de la sociedad absorbida figuran participaciones de capital en otras compañías, tales participaciones se transfieran a la sociedad absorbente por el solo hecho de la fusión (artículo 178 C.Co), y sin necesidad de adelantar el procedimiento de derecho de preferencia pactado en los estatutos de las sociedades receptoras de la inversión, toda vez que si así fuera se estarían creando requisitos y exigencias al proceso de fusión no contemplados en la ley. A este respecto resulta conveniente traer a colación lo que sobre el particular ha manifestado la Superintendencia de Sociedades:

“...no se requiere dar cumplimiento a los requisitos previstos para este derecho [de preferencia], en atención a que la transferencia que se realiza por virtud de la fusión, no es una operación individualmente considerada, que pueda estar sujeta a los mecanismos que restringen la negociación en procura de que el socio mantenga estable su participación porcentual en el capital social, ora en razón del elemento intuitu persone, sino que es consecuencia de un acto jurídico de carácter universal que impone la transmisión de todos y cada uno de los derechos de los cuales es titular la sociedad absorbida. [...] Las acciones no pasan de la sociedad absorbida a la absorbente como un acto aislado que tiene como fin sustituirla únicamente en el derecho de dominio que ejerce sobre las acciones (operación ésta que implicaría el cumplimiento de una serie de requisitos para posibilitar





inversión semejante), sino que se trata de una transferencia en bloque de todos los activos y pasivos de la sociedad absorbida a la absorbente, quien la sustituye en todas las relaciones jurídicas de que es titular, lo cual resulta elemental si se toma en cuenta que aquella sociedad con ocasión de la fusión desaparece" (oficio 220-43828, de julio de 1998).

Se procede a resolver la consulta, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones jurídicas:

1. En el caso objeto de análisis en el que se plantea la posibilidad legal para realizar una fusión internacional, sin necesidad de incorporar al país por parte de la sociedad extranjera absorbente, es preciso manifestar que no es viable, toda vez que la sociedad absorbente necesariamente debe continuar con el desarrollo de la actividad social de la sociedad absorbida, que para el caso propuesto, se trata de una sociedad colombiana, cuya actividad es arrendar unos bienes inmuebles de su propiedad y ser la titular de unas acciones inscritas en bolsa, bienes que necesariamente se transfieren en bloque a la sociedad absorbente, en cumplimiento al artículo 172 del Código de Comercio, sociedad que adquiere los derechos y **asume las obligaciones de la sociedad colombiana absorbida, por lo que en el caso objeto de análisis, es imperioso incorporar al país la sucursal de la sociedad extranjera absorbente.**

Debe tenerse en cuenta que la operación de fusión proyectada no puede asimilarse a la decisión aislada de incorporar una sucursal de una sociedad extranjera al país, pues aquella corresponde a la culminación de un negocio jurídico complejo, que al decir de los tratadistas es un acto jurídico de carácter universal que impone la transmisión de todos y cada uno de los derechos de los cuales es titular la sociedad absorbida, a otra existente o que se crea para el efecto; se trata de una operación de reorganización empresarial, descrita por el artículo 172 del Código de Comercio, norma de la cual con claridad se desprende que para que haya fusión se requiere que una o más sociedades se disuelvan **para ser absorbidas por otra o por una nueva que se crea para el efecto** y en este sentido, la operación señalada ocurre solo en la medida en que se cumplan las condiciones dispuestas en la ley para el efecto.

Por lo anterior, la necesidad de determinar la condición de permanencia por parte de la sociedad extranjera, **no aplica al caso de una fusión internacional cuando la absorbente sea la sociedad extranjera.**

2. La legislación cambiaria, ni la tributaria, regulan el procedimiento de fusión, regulado íntegramente por el Código de Comercio y la ley 222 de 1995, sin perjuicio de las exigencias que de tipo cambiario e impositivo establezcan el Banco de la República y/o la Dian, respecto de los sujetos y las relaciones involucradas en la citada operación.



3. En efecto, la Circular Básica Jurídica 100-000005 del 22 de noviembre de 2017, en desarrollo de la ley, tiene en cuenta que la fusión es el procedimiento para transferir en bloque el patrimonio de la sociedad que va a ser absorbida, la que se disuelve sin llevar a cabo su liquidación; premisa que impone la obligación de continuar las actividades de la sociedad absorbida y cumplir las obligaciones adquiridas por ésta, aun de aquellas cuyo surgimiento se produzca con posterioridad a la fusión, debido a causas anteriores a este negocio jurídico, pues la finalidad del procedimiento de fusión es integrar patrimonios y empresas, lo que implica para los casos en que la fusión sea internacional, la obligación de incorporar por parte de la sociedad extranjera absorbente, una sucursal que opere en el territorio nacional y realice las actividades de la sociedad colombiana que en el presente caso, va a ser absorbida.

4. Por lo expresado, esta Oficina no modifica la posición adoptada y reiterada por esta Superintendencia entre otros, en el oficio 220-201450 del 02 de febrero de 2013, en el que, entre otras, expresó lo siguiente:

“(…) En este orden de ideas, la doctrina vigente no permite deducir, que en el evento de que una sociedad extranjera que pretenda absorber una sociedad nacional, sin que vaya a mantener actividades permanentes en Colombia, sea innecesario incorporar una sucursal en el territorio nacional; lo que en concepto de este Despacho se colige, es que en esas circunstancias la operación no resulta procedente, pues si la sociedad extranjera no se propone continuar desarrollando el objeto social de la nacional, la fusión no es el escenario expedito para alcanzar los resultado que se persiguen y para los que en todo caso existen otros recursos legales conducentes.

Y es que en esas condiciones, se desvirtuarían los presupuestos sobre los que está estructurada la figura de la fusión, pues como es sabido, ésta en su concepción legal constituye un mecanismo que si bien, comporta la extinción de una o varias sociedades, sin liquidación, también supone de las sociedades participantes el propósito de integrar patrimonio y empresas, propósito que valga resaltar, conlleva implícitamente la integración empresarial, como la consolidación, que más que instituciones autónomas, son efectos inherentes a la misma operación, lo que explica que sin la presencia de dichos elementos no es viable la operación de las características que su consulta plantea, máxime cuando en el derecho colombiano no existe norma que así lo permita....”.

5. Si en gracia de discusión, la naturaleza de las actividades que corresponden a inversiones de portafolio y a arrendamiento de inmuebles de propiedad de la sociedad colombiana no son de carácter permanente, la integración de las sociedades propuesta a través de un proceso de fusión, no es la figura aplicable.

6. En lo que corresponde a la libertad de empresa, consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política, en cuanto se relaciona con la posibilidad de ejercer cualquier actividad lícita, esta condición, no puede confundirse con la obligación de cumplir los procedimientos legales establecidos para las distintas operaciones societarias reguladas por la ley mercantil, como es la que se concreta en el capítulo VI “Transformación y Fusión de las Sociedades”, procedimiento que no puede desconocerse, pues si bien es cierto que la luz del artículo 4 de la Constitución Política “lo que no está prohibido está permitido”, sin excepción, todas las sociedades que realizan un proceso de fusión en Colombia, deben cumplir con el



procedimiento aplicable, lo cual implica cumplir las condiciones previstas en los artículos 172 y 178 del Código de Comercio.

En los anteriores términos se respondió de manera cabal su consulta. Se reitera que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015 y que en la página web de esta entidad puede consultar directamente la normatividad, así como, tal como se expuso, los conceptos que la misma ha emitido sobre las materias de su competencia, entre otros documentos de consulta

