**CONCEPTO N° 070848**

**11-11-2013**

**DIAN**

**Problema jurídico**

En el caso de fusión de sociedades, ¿es exigible el requisito de participación accionaria establecido en el literal a) del [artículo 319-6](http://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=29948) del estatuto tributario, respecto de una sociedad que a título propio, es socia de la otra con quien se fusiona?

**Tesis jurídica**

Respecto de la participación accionaria que, en el caso de las fusiones o escisiones reorganizativas permiten que se considere que no hay enajenación, los accionistas, socios o partícipes titulares de por lo menos el ochenta y cinco por ciento (85%) de los acciones, cuotas, participaciones, derechos económicos y derechos políticos, deben participar luego de la fusión en la entidad absorbente o resultante de la fusión, con acciones, cuotas sociales, participaciones, derechos económicos y derechos políticos equivalentes en sustancia, a aquellos que tenían antes de la fusión y proporcionales en la entidad resultante de este proceso.

**Interpretación jurídica**

El artículo 98 de la Ley 1607 del 2012 adicionó el estatuto tributario con el título IV reorganizaciones empresariales, en el cual se establecieron reglas, requisitos y efectos de estos procesos. Particularmente el capítulo II reguló lo concerniente a las fusiones y escisiones.

Dentro de este, y para el interés de la consulta, el artículo 395-5 trata lo relativo a las fusiones y escisiones reorganizativas, consagrando que se entiende por estas “... aquellas fusiones en las cuales las entidades participantes en la fusión estén vinculadas entre sí y aquellas escisiones en las cuales la entidad escindente 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. Así mismo, tendrán el carácter de reorganizativas las escisiones por creación, siempre que el patrimonio de las sociedades beneficiarias creadas en virtud de la escisión esté constituido exclusivamente por el patrimonio escindido existente al momento de la escisión. Para efectos de la determinación de la existencia o no de vinculación, se acudirá a los criterios establecidos en el [artículo 260-1](http://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=10880) de este estatuto”.

Sobre estas disposiciones es oportuno traer a colación la finalidad de su consagración, así en la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el Gobierno Nacional, que se convirtió finalmente en la Ley 1607 del 2012 se dijo:

“... La legislación tributaria colombiana se ha limitado a establecer que las fusiones y escisiones no constituyen enajenación para las sociedades participantes, sin consagrar ningún requisito o condición adicional para otorgar dicho tratamiento. Esta regulación es extremadamente escasa para el panorama de reorganizaciones empresariales que se han dado en los últimos años en el país, cuyo número y sofisticación ha aumentado de manera constante año tras año. Es así como, en algunos casos, las reglas actuales han permitido la fuga de activos y capitales sin que se paguen impuestos en Colombia. Así mismo, en otros casos, las reglas han operado en desmedro de los contribuyentes que legítimamente buscan adaptar la estructura formal de sus negocios para optimizar procesos sin desprenderse de su patrimonio. Ello ha generado un sesgo injustificado a favor de las reorganizaciones, fusiones y adquisiciones en el extranjero, cosa que puede prevenirse con la adecuada regulación de dichas transacciones (...)”.

Concordante con lo anterior, el [artículo 319-6](http://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=29948) adicionado por el artículo 98 de la Ley 1607 del 2012, consagró los efectos fiscales en las fusiones y escisiones reorganizativas entre entidades:

[ART. 319-6](http://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=29948) .- Efectos en las fusiones y escisiones reorganizativas entre entidades. Las fusiones y escisiones reorganizativas tendrán los efectos que a continuación se señalan:

1. No se entenderá que las entidades intervinientes en la respectiva fusión o escisión, sea como absorbidas o escindentes (es decir, como enajenantes) o como absorbentes resultantes de la fusión o beneficiarias (es decir, como adquirentes), experimentan ingreso gravable alguno como consecuencia de la transferencia de activos entre sí, ni se entenderá que dicha transferencia constituye enajenación para efectos fiscales.

2. Para la entidad adquirente el costo fiscal de los bienes transferidos será el mismo que tenga la enajenante respecto de tales bienes, de lo cual se dejará constancia en el documento que contenga el acto jurídico de fusión o escisión. Para efectos de depreciación o amortización fiscal en cabeza de la entidad adquirente, no habrá lugar a extensiones o reducciones en la vida útil de los bienes transferidos, ni a modificaciones del costo fiscal base de depreciación o amortización.

3. Respectiva fusión o escisión.

Y el numeral 4º literal a) se refiere a los efectos de esas fusiones en relación con los socios o accionistas señalando:

“4. Respecto de los accionistas, socios o partícipes en las entidades participantes, no se entenderá que existe enajenación de acciones, cuotas o participaciones, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que en el caso de la fusión, los accionistas, socios o participes titulares de por lo menos el ochenta y cinco por ciento (85%) de los acciones, cuotas, participaciones, derechos económicos y derechos políticos en cada una de las entidades fusionadas, participen luego de la fusión en la entidad absorbente o resultante de la fusión, con acciones, cuotas sociales, participaciones, derechos económicos y derechos políticos equivalentes en sustancia, a aquellos que tengan antes de la fusión aunque proporcionales a su participación en la entidad resultante de la fusión”.

Es decir es respecto de estos y su participación accionaria o de cuotas en las sociedades y entidades intervinientes que la ley hace una exigencia para que fiscalmente no se considere que existe enajenación de la participación social en el proceso de fusión reorganizativa y no considerando el porcentaje o número de socios antes y después de la fusión. A juicio de esta oficina, la exigencia en relación con la participación accionaria de los socios de la enajenante y su reflejo en la adquirida, lleva implícita —igualmente— la exigencia de que los mismos socios participen en la nueva entidad en la proporción equivalente a su anterior participación. La finalidad de esta disposición es que a través de esta operación no se transfieran a socios o accionistas distintos de los que tenían esa condición antes de la operación y que los bienes y derechos transferidos sean tratados con el mismo costo fiscal y en consecuencia el mismo valor patrimonial en cabeza de sus titulares.

Esto, sin perjuicio de la causación del impuesto sobre la renta y/o ganancia ocasional, respecto de aquellos socios que ostenten la participación por fuera del porcentaje antes señalado, y que ejerzan su derecho a retiro.

Conviene citar los restantes literales de esta disposición ya que estos contienen los aspectos que fiscalmente inciden en esta clase de operaciones:

“b) Que en el caso de la escisión, los accionistas, socios o partícipes titulares de por lo menos el ochenta y cinco por ciento (85%) de las acciones, cuotas, participaciones, derechos económicos y derechos políticos en la entidad escindente, participen luego de la escisión en la enajenante misma o en una o más de las entidades beneficiarias, con acciones, cuotas sociales, participaciones, derechos económicos y derechos políticos equivalentes en sustancia a aquellos que tengan antes de la escisión, aunque en proporción a su participación en la entidad enajenante o beneficiaria respectiva;

c) Que en los eventos previstos en los literales a) y b) anteriores, la participación o derechos que reciba el respectivo accionista, socio o participe en la entidad resultante de la fusión o en la escindente o en la entidad beneficiaria o beneficiarias respectivas constituya no menos del noventa y nueve por ciento (99%) de la contraprestación que reciba el respectivo accionista, socio o partícipe por sus acciones, cuotas, participaciones o derechos en la entidad absorbente o escindente sobre bases comerciales razonables según las mismas se reflejen en el método de valoración y en el mecanismo de intercambio adoptado para la respectiva fusión o escisión;

d) Si los accionistas, socios o participes a que se refieren los literales a) y b) anteriores, enajenan o ceden a cualquier título las acciones, cuotas sociales, participaciones, derechos políticos o económicos antes de que finalice el segundo año gravable siguiente al año gravable en el cual se perfeccione la respectiva fusión o escisión, deberán pagar por concepto de impuesto sobre la renta y complementarios por el respectivo acto de enajenación o cesión, el que aplique al mismo acto de enajenación, adicionado en un treinta por ciento (30%), sin que en ningún caso dicho impuesto de renta resulte inferior al diez por ciento (10%) del valor asignado a las acciones, cuotas, participaciones o derechos del respectivo accionista, socio o participe en la fusión o escisión según el método de valoración adoptado para la misma. Las disposiciones contenidas en este literal c) no aplicarán a ventas forzadas, transferencias por causa de muerte, transferencias a título de escisión o fusión que cumpla con los mismos requisitos establecidos en este artículo y transferencias a título de liquidación;

e) Los accionistas, socios o partícipes a que se refieren los literales a) y b) anteriores, tendrán como costo fiscal respecto de las acciones, cuotas sociales o participaciones que reciban en la entidad adquirente respectiva, el mismo costo fiscal que tenían respecto de las acciones, cuotas sociales o participaciones en la entidad enajenante, sin que se entienda que existe solución de continuidad en la propiedad sobre la inversión, ni que haya lugar a cambio alguno en cuanto a la naturaleza de la inversión como activo fijo o movible;

f) Si como contraprestación por todas o parte de las acciones, cuotas sociales, participaciones o derechos que cualquiera de los accionistas, socios o partícipes de cualquiera de las entidades enajenantes, estos recibieran dinero u otras especies distintas de acciones, cuotas sociales, participaciones o derechos en la entidad adquirente, la totalidad de las acciones, cuotas sociales, participaciones o derechos que tengan en el momento de la fusión o escisión en la entidad enajenante, se entenderán enajenadas bajo las reglas generales establecidas en este estatuto y en otras leyes y estarán sometidas a los impuestos aplicables.

De lo expresado anteriormente y de las disposiciones citadas se observa que con la nueva regulación, lo que se pretende es que bajo cualquier forma de reorganización empresarial en la que no se cumpla con las exigencias tanto de participación, titularidad y activos y haya cambio en estos en proporción distinta a la permitida, tendrá las incidencias tributarias señaladas en las mismas para cuando se entienda que existe enajenación o transferencia de la participación o titularidad de los activos.

Por ello bien consagra el [artículo 319-7](http://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=29949) del mismo estatuto:

“[ART. 319-7](http://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=29949) .- Fusiones y escisiones gravadas. Las fusiones y escisiones, ya sean adquisitivas o reorganizativas, que no cumplan con las condiciones y requisitos consagrados en los articulas anteriores, constituyen enajenación para efectos tributarios y están gravadas con el impuesto sobre la renta y complementarios de acuerdo con las disposiciones aplicables en materia de enajenación de activos fijos consagradas en este estatuto”.

Lo anterior, sin perder de vista la responsabilidad solidaria en estos casos que claramente consagra el [artículo 319-9](http://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=29951) ibídem:

“[ART. 319-9](http://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=29951) .- Responsabilidad solidaria en casos de fusión y escisión. En todos los casos de fusión, las entidades participantes en la misma, incluyendo las resultantes de dichos procesos si no existieren previamente a la respectiva operación, serán responsables solidaria e ilimitadamente entre sí por la totalidad de los tributos a cargo de las entidades participantes en la fusión en el momento en que la misma se perfeccione, incluyendo los intereses, sanciones, anticipos, retenciones, contingencias y demás obligaciones tributarias”.

Dejando en claro lo anterior, en el caso consultado, en que en la operación intervienen una sociedad nacional que absorbe a su vinculada —de la cual posee una participación del 60% de las acciones—, es necesario en primer lugar destacar los efectos que a este propósito consagra en el 391-8, (sic) en el caso en que intervenga una entidad extranjera y se den los supuestos fácticos previstos:

“[ART. 319-8](http://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=29950) .- Fusiones y escisiones entre entidades extranjeras. Se entenderá que la transferencia de activos ubicados en el país, producto de procesos de fusión o escisión, en los que intervengan como enajenantes y adquirentes entidades extranjeras que posean activos ubicados en el territorio nacional constituye una enajenación para efectos tributarios, y está gravada con el impuesto sobre la renta y complementarios de acuerdo con las disposiciones aplicables en materia de enajenación de activos fijos consagradas en este estatuto.

PAR.—Se exceptúan del tratamiento consagrado en el inciso anterior las transferencias de activos ubicados en el país, producto de procesos de fusión o escisión, en los que intervengan como enajenantes y adquirentes entidades extranjeras, cuando el valor de los activos ubicados en Colombia no represente más del veinte por ciento (20%) del valor de la totalidad de los activos poseídos por el grupo al que pertenezcan las entidades intervinientes en los procesos de fusión o de escisión, según los estados financieros consolidados de la entidad que tenga la condición de matriz de las entidades intervinientes en los procesos de fusión o de escisión. Las transferencias de los activos ubicados en Colombia a los que se refiere este parágrafo recibirán el mismo tratamiento de las fusiones y escisiones adquisitivas o de las fusiones y escisiones reorganizativas, según sea el caso”.

Ahora bien, de conformidad con artículo 172 del Código de Comercio. “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”.

Como uno de los principales efectos de la fusión se tiene la integración patrimonial de las sociedades fusionadas y la adquisición de los derechos de contenido jurídico, económico, así como efectos tributarios de tal acto.

La Superintendencia de Sociedades mediante oficio 220-057319 del 23 de julio del 2012, al referirse a la integración patrimonial de la fusión, consideró:

“(...).

La fusión en sentido económico y jurídico.

La fusión como es sabido supone el mecanismo legal en virtud del cual se logra el propósito de las sociedades participantes, de integrar patrimonio y empresas, que implícitamente conlleva la integración empresarial, como la consolidación, que son efectos de dicha operación.

En efecto, se tiene que al tenor del artículo 172 del Código de Comercio, habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelven sin liquidarse para ser absorbidas por otra o para crear una nueva. La absorbente o nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.

En sí misma es una reforma estatutaria sujeta al trámite previsto en los artículos 158 y 162 ídem, la cual en su concepción legal está regulada como una intrincada operación que no solamente representa la extinción de una o varias sociedades, sin liquidar, sino que implica también la consolidación patrimonial en una sociedad nueva o en otra ya existente y, la consiguiente integración de dos sociedades.

Como bien lo explica el profesor Francisco Reyes Villamizar “la palabra fusión puede tomarse en sentido económico o jurídico. En el primero significa cualquier forma de concentración empresarial (adquisición de participaciones mayoritarias, compra de activos y pasivos o fusión propiamente dicha). En sentido jurídico societario significa la unión estrecha de sociedades, de manera que solo subsiste una o de nueva creación, produciéndose el cambio de adscripción de sus accionistas mediante el canje de las acciones de la sociedad disuelta por acciones de la sociedad— absorbente o de nueva creación”—". (Transformación, fusión & escisión de sociedades, Editorial Temis, 1995; págs. 85 y ss.).

Como consecuencia de fusión se integra el patrimonio de las entidades participantes, atendiendo que la relación de intercambio que determina el valor de las acciones o parte de interés de la entidad resultante de la operación, ha de tener como base un estudio técnico mediante el cual se evalúa la respectiva entidad tanto su parte financiera, comercial y legal, lo que explica que es en ese momento cuando se determina en últimas el valor unitario de las partes alícuotas respectivas. (...)”.

Entonces, en virtud de este acto jurídico la sociedad absorbida por su vinculada queda no solo disuelta sino que deja de existir, —solo que en este caso no se exige la liquidación previa— y se produce la transferencia de todas las relaciones tanto jurídicas como económicas, y por ende la integración patrimonial a la ya existente —fusión por absorción— o resultante de la fusión —fusión por creación—, es decir se funde en una sola con la sociedad que surge de la fusión, y desaparece como ente autónomo e independiente. En este contexto mal podría exigirse que deba ser accionista de la sociedad de la cual ahora es parte. Por lo mismo se concluye que, en este específico evento, por sustracción de materia hay imposibilidad de cumplimiento del requisito previsto en el literal a) del numeral 4º del [artículo 319-6](http://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=29948) del estatuto tributario.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_