

LA FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES EN ESPAÑA: Paralelo con la legislación colombiana

Wilson Herrera Robles*

Resumen

La fusión de sociedades constituye actualmente una estrategia empresarial para afrontar las exigencias de la globalización en la medida en que permite reducir costos, reorganizar la estructura de la empresa y fortalecer su posición en el mercado. En materia de procedimientos, existe una gran similitud en la normatividad vigente en España y Colombia pues están sujetos a tres etapas básicas: preparación de la operación a cargo de los administradores; aprobación o visto bueno por parte de la asamblea general o junta de socios y perfeccionamiento o formalización de la operación mediante la elevación a público del acuerdo social y su respectivo registro.

Palabras clave: Sociedades, fusión.

Abstract

The joint of societies is at present one of the business strategy to face the requirements of globalization as far it allows to reduce costs, reorganize the business structure, and to strengthen its market position. As procedures is concerned, there is great similarity between the normative in force in Spain and in Colombia, because they are subject to three basic stages: Preparation of the operation by managers; approval by the general assembly or the entrepreneurs board, and improvement or formalization of the operation by making public the social agreement and its respective register.

Key words: Societies, joint.

Fecha de recepción: 14 de marzo de 2002

* Abogado de la Universidad del Norte. Especialista en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Master en Derecho Empresarial de la Universidad Antonio de Nebrija (Madrid - España). Abogado en bufete Landwell - PWC de Madrid. (wilson.herrera.robles@es.landwellglobal.com)

Independientemente de la opinión que tengamos sobre ella, la globalización es un fenómeno mundial que hoy por hoy ejerce una innegable influencia en todos los ámbitos de las relaciones económicas y sociales.

Desde el punto de vista económico, la globalización ha cambiado las características de los mercados, y ha obligado a las empresas de todos los sectores a buscar alianzas estratégicas más o menos estrechas, o a reagruparse entre ellas, con el propósito de afrontar la fuerte competencia internacional, penetrar en países todavía inexplorados, lograr posiciones de privilegio en mercados emergentes o en sectores específicos, o simplemente diversificar la producción de acuerdo con las necesidades de su actividad.

Desde el punto de vista jurídico, la influencia resulta menos evidente, principalmente porque el Derecho sigue siendo mayoritariamente materia nacional y porque carecemos de leyes verdaderamente globales; no obstante, no debemos olvidar que el Derecho es reflejo del desarrollo social y económico, por lo cual, al hacerse las relaciones humanas más complejas y traspasar las fronteras nacionales, el Derecho (y consecuentemente las personas que lo ejercen) necesita ser cada vez más global, a través de la armonización e incluso unificación de sus principios y de las normas que los desarrollan.

Teniendo en mente estas pautas, en artículos anteriores hemos analizado los efectos de la globalización sobre la vida de las empresas y su regulación jurídica, principalmente en cuanto a la libre competencia y la ética empresarial, y hemos comprobado una clara tendencia hacia la armonización internacional de las leyes y principios que rigen estos temas.

Si siguiendo con este esquema, en esta oportunidad pretendemos abordar el tema de las concentraciones empresariales y en especial la Fusión de sociedades, figura que habitualmente hace parte de las estrategias empresariales para afrontar las exigencias de la globalización.

A través de la fusión, los empresarios pretenden objetivos tales como abaratar los costos, reestructurar o reorganizar la estructura empresarial o fortalecer la posición de mercado.

Así las cosas, en este artículo haremos un repaso sobre la fusión de sociedades a partir del análisis comparativo de los regímenes jurídicos vigentes en España y Colombia, teniendo en cuenta que aquél se ha convertido en paradigma recurrente de nuestro derecho, como puede comprobarse en muchas de las últimas reformas normativas.

A tales efectos, comenzaremos delineando el concepto de fusión en ambos sistemas, para luego pasar a las diferentes modalidades de la figura que tienen cabida en las dos legislaciones. A continuación haremos una breve referencia a la regulación de defensa de la competencia, y al tratamiento fiscal de la operación, y terminaremos con una descripción en paralelo de los dos procedimientos.

1. Concepto y regulación

La *fusión* es un procedimiento mediante el cual una o más sociedades se disuelven sin liquidarse, traspasando su patrimonio a título de sucesión universal a una sociedad ya existente o de nueva creación. El patrimonio de la sociedad extinguida se confunde con el de la beneficiaria de la operación, que asume los derechos y obligaciones de aquella o aquellas que han sido disueltas. Como contraprestación, los socios de la sociedad o sociedades disueltas se incorporarán a la sociedad resultante de la fusión, con una participación equivalente a la que tenían en su sociedad.

Desde el punto de vista económico, la fusión de sociedades es un acto de concentración empresarial mediante el cual se unifica la actividad organizada de cada una de las sociedades que participan en la operación, con propósitos tan variados como reforzar su competitividad, reorganizar su estructura societaria a nivel de grupo, o alcanzar la cifra de negocio que les permita generar los beneficios necesarios para asumir nuevas inversiones.

Al mismo tiempo, estas operaciones les permitirá reducir los costos, mejorando las condiciones de producción, distribución e investigación y desarrollo.

En términos societarios, se trata de una operación compleja que implica la extinción de alguna, o algunas sociedades, y la reforma o constitución de otra. Se trata de una operación de naturaleza contractual corporativa que trasciende la esfera misma del contrato social.¹

En España, la regulación mercantil básica de las fusiones la encontramos en los artículos 233 a 251 del Real Decreto 1564/1989, de 22 de diciembre, Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA), el artículo 94 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (que remite expresamente a la LSA) y los

¹ Concepto Superintendencia de Sociedades 220-10481 de marzo de 2001.

artículos 226 a 234 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, Reglamento del Registro Mercantil. En materia tributaria se rige por los artículos 97 y ss. de la Ley 43/1995 de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Adicionalmente, debemos tener presente que la fusión de sociedades es una operación de concentración empresarial sometida, en materia de competencia, a los controles de las autoridades españolas² y europeas³.

En Colombia, la normativa básica está conformada por los artículos 172 a 180 del Código de Comercio y artículo 11 del Capítulo II de la Ley 222/1995. En materia Tributaria habrá que tener en cuenta principalmente los artículos 14-1, 428-1 y 793 c) del Estatuto Tributario, y 6º y 8º del Decreto 0650/1996.

Finalmente, en materia de protección de la competencia, son de aplicación la Ley 55 de 1959 y el decreto 266 de 2000, principalmente.

2. Principales modalidades de fusión

Hablando en sentido técnico, podemos decir que tanto en derecho español⁴ como colombiano⁵ hay dos modalidades básicas de fusión: por creación y por absorción.

a. *Fusión por creación o constitución*

Es aquella en la que se integran dos o más sociedades en otra de nueva creación, con extinción de cada una de las sociedades absorbidas, y transmisión en bloque de sus respectivos patrimonios a la sociedad beneficiaria de la operación, que adquiere los distintos elementos que la integran por sucesión universal.

² Ley 16/1989 de 17 de julio, reformada por el Real Decreto 1080/1992, de 11 de septiembre y la Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

³ En el ámbito de la Comunidad Europea, el Reglamento CEE 4064/89, modificado por el Reglamento 1310/97, en vigor a partir del 1º de marzo de 1998; cabe destacar que los cambios evidenciados en el escenario europeo desde la expedición del actual reglamento de fusiones, especialmente el incremento de países miembros de la Unión y la multiplicación de este tipo de operaciones, han llevado a la Comisión Europea a iniciar la revisión de dicha normativa en procura de su simplificación, para lo cual ha publicado un Libro Verde, en el que propone lo que a su juicio debe ser el sentido de los cambios y abre un plazo de consultas hasta marzo de 2002.

⁴ Artículo 233 LSA.

⁵ Artículo 172 C. de Co.

b. *Fusión por absorción*

Consiste en la integración de una o más sociedades en otra ya existente, que adquiere por sucesión universal los patrimonios de la sociedad o sociedades absorbidas.

c. *Características comunes*

Las principales características de estas dos modalidades de fusión en la legislación de ambos países son:

- Transmisión en bloque y en un único acto de los patrimonios de las sociedades absorbidas en favor de la sociedad resultante de la operación, la que adquiere por sucesión universal los distintos derechos y obligaciones que integran sus respectivos patrimonios.

Es decir, se transmiten todos los bienes, derechos y obligaciones de las entidades que se extinguen y en general, todas y cada una de las relaciones jurídicas en las que participan. Además de este carácter obligacional, la fusión tiene efectos reales, por afectar tanto a las sociedades participantes como a los terceros involucrados y afectados por cada una de las relaciones jurídicas, bienes y derechos objeto de transmisión.

Con ocasión de la fusión y por mandato legal cambia la titularidad de las relaciones jurídicas y la estructura empresarial de las entidades que se extinguen, que no obstante continúan en el tráfico jurídico pero integradas en una estructura más amplia, que es la entidad beneficiaria del proceso de fusión.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Superintendencia de Sociedades en concepto 220-10481 de marzo de 2001 que la fusión supone una transmisión universal o en bloque del patrimonio de las sociedades fusionadas a favor de la sociedad resultante de la operación. De esta forma, las obligaciones y derechos se transmiten a la sociedad absorbente o de nueva creación, pero sin que ello implique una modificación de sus elementos característicos, sino un simple cambio de titularidad.

- Incorporación de los socios de las entidades que se disuelven, conservando el valor de sus participaciones, al accionariado de la entidad

de nueva creación, o a la absorbente, que en la mayoría de los casos deberá aumentar la cifra de su capital social.

Los socios de las sociedades que se extinguen pasan a serlo de la entidad absorbente, o de nueva creación, mediante la recepción de acciones o participaciones representativas del capital de ésta, en número proporcional a la participación que cada uno de ellos tenía en el patrimonio de la sociedad o sociedades que se extinguen.

En virtud de lo anterior, habrá que establecer un tipo de intercambio o canje de las acciones o participaciones⁶ que les permita a los socios de la sociedad o sociedades extinguidas continuar como socios de la beneficiaria de la operación, manteniendo el valor patrimonial de sus participaciones. En España dicho tipo de canje debe venir avalado por el informe de un experto independiente que lo justifique⁷; en Colombia, los métodos de evaluación y canje de las acciones o participaciones deberán ser certificados por el revisor fiscal de la compañía, o en su defecto, por un contador público.

3. Otros tipos de Fusión

Adicionalmente, en derecho español existen otros tipos de fusión, entre los cuales merece la pena mencionar la Impropia y la Inversa o Invertida.

a. *Fusión Impropia*

Regulada por el artículo 250 de la Ley española de Sociedades Anónimas, es aquella operación en la que la sociedad absorbida está íntegramente participada por la Sociedad Absorbente. Se trata de una categoría que queda plenamente justificada por cuanto en España las sociedades unipersonales son muy comunes en el tráfico mercantil.

En este caso particular no procederá el aumento del capital de la sociedad absorbente ni se produce la atribución de acciones, cuotas o

⁶ Elemento técnico que consiste en la determinación del número de acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria de la fusión que serán atribuidas a los socios de la sociedad absorbida por cada acción o participación poseída previamente en esta última.

⁷ Tratándose de la fusión de Sociedades de Responsabilidad Limitada, no será necesario acudir al informe de expertos independientes, a menos que alguna de las sociedades que se extingan como consecuencia de la operación revista la forma anónima o comanditaria por acciones.

participaciones de ésta en beneficio de los socios –ella misma– de la entidad absorbida. Esto es así porque la incorporación del patrimonio de la sociedad absorbida no produce alteración sustancial en el patrimonio de la absorbente. Si se efectuara una ampliación de capital con atribución de acciones al socio de la entidad absorbida, se produciría un supuesto de autocartera (adquisición de las propias acciones) sin reflejo patrimonial inherente.

En derecho colombiano, la denominación *Fusión Impropia* no resulta extraña, aunque con un sentido completamente distinto, reservado para el supuesto del artículo 180 del C. de Co.⁸, es decir, en el caso en que se constituya una nueva sociedad para continuar los negocios de otra disuelta, siempre que no haya variaciones en el giro de sus actividades o negocios y que la operación se celebre dentro de los seis meses siguientes a la fecha de disolución⁹.

Este es un supuesto que también prevé la legislación española¹⁰ al disponer que una sociedad en liquidación podrá participar en un proceso de fusión siempre que no haya comenzado el reparto de su patrimonio entre los accionistas; en este caso, el proyecto de fusión deberá ser preparado y suscrito por los liquidadores de la sociedad.

b. *Fusión Inversa o Invertida*

Consiste en la absorción de una sociedad matriz por su filial. Es una figura que no se encuentra específicamente recogida en el ordenamiento jurídico español, no obstante en la doctrina es objeto de análisis recurrente.

En rigor, este tipo de operaciones deberá ejecutarse por el procedimiento de la fusión por absorción, y por ende, la sociedad absorbente deberá efectuar una ampliación de capital por el total valor del patrimonio de la absorbida, y entregar los títulos emitidos a los socios de esta última.

No obstante lo anterior, puede suceder que la entidad absorbida sea titular del 100% de los títulos representativos del capital de la absorbente,

⁸ Concordante con los artículos 250 y 251 del mismo texto.

⁹ Resolución de 15 de mayo de 1978 de la Superintendencia de Sociedades, citada por José Ignacio Narváez; en igual sentido, concepto 220-25382 de abril de 2000 del mismo organismo.

¹⁰ Artículo 251 LSA y 94.3 LSRL.

caso en el cual esta última no se verá obligada a ampliar su capital para poder acometer el proceso de fusión, al mantener la absorbida la totalidad del capital social de la absorbente. En consecuencia, no se producirá canje de acciones, y no será preciso determinar el tipo de canje, ni el procedimiento del mismo, ni el sistema de participación en las garantías sociales, y se atribuirá la totalidad de las acciones de la sociedad absorbente, que son propiedad de la absorbida, a los socios de esta última en proporción a su porcentaje de participación actual en dicha compañía.

4. Defensa de la Competencia

Uno de los temas importantes al momento de emprender un proceso de fusión de sociedades es el efecto que tal concentración pueda tener sobre el mercado. Es así como la normativa de los distintos países se cuida de establecer las condiciones dentro de las cuales una operación de concentración empresarial puede tener repercusiones nocivas para la libre competencia dentro del mercado relevante que corresponda.

A este respecto es claro que existe una notoria similitud entre las reglas colombianas y españolas de defensa de la competencia, debido principalmente a la estrecha relación entre los dos regímenes legales de obligada referencia en este tema, los de Estados Unidos y la Unión Europea¹¹. En tal sentido, no sorprende que tanto en España como en Colombia las operaciones de concentración se encuentren sometidas a un régimen de autorización general, que sólo requerirá una autorización particular cuando se superen ciertos límites mínimos, orientados siempre a dos referentes: el porcentaje de cuota de mercado y la cifra de negocios que se adquieran como consecuencia de la operación.

En cuanto al primer referente, en ambos países la autorización particular de la operación se requerirá cuando se adquiera una cuota igual o superior al 25% (o se incremente la ya poseída hasta o por encima de dicho porcentaje) del mercado nacional.

En cuanto a la cifra de negocios, es un referente que depende del tamaño de la economía de cada país, de forma que mientras en España la ley de

¹¹ Ver «Extraterritorialidad del Derecho de Competencia Europeo y Visión del Derecho de Competencia Latinoamericano», en *Revista de Derecho* N° 14, Universidad del Norte, noviembre de 2000.

competencia¹² exige que se alcance un volumen de ventas global que supere los 40.000 millones de pesetas¹³, en Colombia el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 118 del Decreto 266 del 22 de febrero de 2000, exige que los activos de las sociedades participantes superen en conjunto el equivalente de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de aprobarse la operación.¹⁴

El ente público encargado de prevenir las prácticas restrictivas de la libre competencia en España es el Tribunal de Defensa de la Competencia, mientras que en Colombia es la Superintendencia de Industria y Comercio. Tanto uno como otro organismo deberá analizar los efectos restrictivos, previsibles o contrastados de la operación proyectada, y con base en esto determinar si puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado nacional relevante.

En cualquier caso, el órgano de control podrá dictaminar que la concentración no es susceptible de provocar efectos nocivos en la competencia, caso en el cual emitirá un informe de no-oposición a la operación o, por el contrario, considerar que la fusión tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia y, por lo tanto, oponerse a su celebración.

Como tercera opción, el informe podrá condicionar la celebración de la operación al cumplimiento de aquellos aspectos que a juicio del Tribunal o de la Superintendencia, según el caso, resulten necesarios para garantizar que el proceso que pretende llevarse a cabo no conducirá a una restricción indebida de la competencia.

5. Régimen Tributario

En España, las operaciones de concentración empresarial se encuentran sometidas a un régimen especial inspirado en el principio de neutralidad, según el cual, la aplicación del tributo no deberá alterar el comportamiento económico de los sujetos pasivos, es decir, se pretende que la fiscalidad no constituya ni un estímulo ni un obstáculo para la realización de este tipo de operaciones.

¹² Ley 16/1989, modificada por el Real Decreto Ley 6/1999 de 16 de abril.

¹³ US\$ 206'000.000.00 Aprox.

¹⁴ US\$ 6'700.000.00 Aprox.

Por ello, las fusiones¹⁵ están exentas del pago de todos aquellos tributos que podrían gravarlas, como el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados¹⁶ en su modalidad Operaciones Societarias, o el IVA por la transmisión del patrimonio empresarial que se realice como consecuencia de la fusión.

No obstante, este régimen de neutralidad sólo será de aplicación cuando la operación se realice por motivos económicos válidos¹⁷, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan, de manera que si la Administración demuestra que el principal objetivo de la operación ha sido el fraude o la evasión fiscal, procederá a regularizar la situación tributaria de las partes intervinientes en la operación aplicando las reglas generales de los impuestos afectados.

En todo caso, el sometimiento de la operación al régimen fiscal especial de neutralidad no es obligatorio, con lo cual la opción de someterse a él debe incluirse en el proyecto de fusión y en los acuerdos sociales de fusión que adopten las entidades participantes. Adicionalmente, la entidad beneficiaria, o resultante de la fusión, deberá comunicar a la Administración Tributaria su opción por el régimen especial, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de inscripción en el Registro Mercantil que corresponda, de la escritura pública en que se formalice la operación.

En Colombia sucede algo similar. El artículo 14-1 del Estatuto Tributario¹⁸ establece también un régimen de neutralidad al disponer que a efectos tributarios se considera que en la fusión de sociedades no existe enajenación entre las compañías participantes. Como consecuencia de la operación, y la confusión de patrimonios que conlleva, la sociedad beneficiaria de la fusión o la de nueva creación, según el caso, responderá por los impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e intereses y demás obligaciones tributarias de las sociedades fusionadas o absorbidas¹⁹.

Este régimen de neutralidad es también válido a efectos del Impuesto sobre las Ventas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 428-2 del Estatuto Tributario.²⁰

¹⁵ Al igual que las Fusiones, se encuentran cobijadas por el Régimen Fiscal Especial de neutralidad las Escisiones, las Aportaciones de Activos y el Canje de Valores.

¹⁶ Equivalente en Colombia al Impuesto de Timbre Nacional.

¹⁷ El Sujeto pasivo deberá justificar debidamente la validez de los motivos que inspiren la operación a la Administración Tributaria.

¹⁸ Adicionado por el artículo 6 de la Ley 6/92.

¹⁹ En el mismo sentido, el artículo 793 c) del Estatuto Tributario.

²⁰ Adicionado por el artículo 30 de la Ley 6/92.

Adicionalmente a lo anterior, habrá que tener en cuenta que de conformidad con lo establecido por el artículo 6° del Decreto 0650 de 3 de abril de 1996²¹, la inscripción de reformas relativas a la fusión de sociedades que no impliquen aumentos de capital ni cesión de cuotas o partes de interés se consideran como actos, contratos o negocios jurídicos sin cuantía a efectos de la liquidación y pago del Impuesto de Registro²². Si, por el contrario, la fusión genera aumento de capital o cesión de cuotas o partes de interés, la tarifa del impuesto se aplicará sobre el respectivo aumento de capital o el valor de la respectiva cesión según el caso (artículo 8°).²³

6. Procedimiento

Desde el punto de vista del trámite también hay grandes similitudes entre la legislación de ambos países. En ambos casos se parte de una primera etapa de preparación de la operación, en la que los administradores de las sociedades desempeñan el papel predominante, luego se pasa a una segunda fase, en la que el papel protagónico lo asume la Asamblea General o Junta de Socios, que es el órgano societario encargado de dar visto bueno al proyecto preparado por los administradores, para finalmente llegar a la última etapa, en la cual se perfecciona o formaliza la operación mediante la elevación a público de los acuerdos sociales y su consiguiente inscripción en los registros que correspondan.

No obstante, el detalle del procedimiento ofrece algunas diferencias interesantes entre uno y otro país, por lo que a continuación señalaremos los rasgos más relevantes de cada uno de dichos trámites.

a. *Primera Etapa*

En España, la primera parte del trámite está reservada al planteamiento y

²¹ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 223 de 1995 de racionalización tributaria.

²² Estarán gravados con tarifas entre dos y cuatro salarios mínimos diarios legales, determinadas por la respectiva Asamblea Departamental, a iniciativa del Gobernador.

²³ Todos los actos, contratos o negocios jurídicos con cuantía sujetos al Impuesto de Registro, que deban registrarse en las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, estarán gravados a tarifas entre el 0.5% y el 1%, determinadas por la respectiva Asamblea Departamental, a iniciativa del Gobernador. Igualmente, todos los actos, contratos o negocios jurídicos con cuantía sujetos al Impuesto de Registro, que deban registrarse en cámaras de comercio, estarán gravados a tarifas entre el 0.3% y el 0.7%, determinadas de la misma forma. Cuando los actos, contratos o negocios jurídicos deban registrarse tanto en oficinas de registro de instrumentos públicos como en cámaras de comercio, la totalidad del impuesto se generará en la instancia de inscripción en la primera de ellas.

redacción del Proyecto de Fusión²⁴, el cual deberá ser redactado por los administradores de las sociedades que participen en la fusión, e incluir como mínimo, las menciones que presentamos al final de este artículo en la tabla 1. No obstante, en el proyecto suelen incluirse algunas otras menciones, de entre las cuales destaca la declaración de acogimiento al régimen fiscal especial de neutralidad al cual nos hemos referido antes.

Este proyecto de fusión equivale a lo que el Código de Comercio Colombiano denomina *compromiso o promesa de fusión*, aunque es de destacar que la Ley 222/1995 adopta la denominación española en los artículos 4º y 13º. Aunque la norma no lo diga expresamente, este documento deberá ser preparado por los administradores, y deberá contener como mínimo, las menciones se indican en la tabla 1.

Adicionalmente al proyecto de fusión, en España los administradores de las sociedades participantes también deberán preparar un informe por cada una de ellas en el que expliquen detalladamente los aspectos jurídicos y económicos del proyecto, con especial referencia al tipo de canje de las acciones o participaciones y a las especiales dificultades de valoración que puedan existir. La legislación colombiana de fusiones no exige un informe de estas características, aunque el artículo 4º de la Ley 222/1995 establece que una de las menciones mínimas del proyecto de escisión deberá ser «*Los motivos [de la escisión] y las condiciones en que se realizará*».

Siguiendo con el trámite español y una vez suscrito el proyecto, un ejemplar del mismo debe ser depositado en el Registro Mercantil del domicilio social de cada una de las sociedades participantes en la operación por los administradores de cada una de ellas. El registrador deberá comunicar al Registro Mercantil Central el hecho del depósito y la fecha de éste, para su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil -BORME.

Una vez efectuado el depósito, los administradores de cada una de las sociedades que se fusionan deberán solicitar del Registrador Mercantil correspondiente al domicilio social la designación de uno o varios expertos independientes, para que emitan informe sobre el proyecto de fusión y sobre el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen.

²⁴ El proyecto produce efectos vinculantes para los administradores que lo elaboran y suscriben, aunque no vincula a las participantes hasta tanto no se pronuncie la Junta General de Socios.

Los expertos nombrados deberán pronunciarse sobre el tipo o relación de canje de las acciones o participaciones y los métodos seguidos para establecerlo. Asimismo, deberán manifestar si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, por lo menos, al capital de la nueva sociedad o al aumento del capital de la sociedad absorbente, según los casos.

b. *Segunda etapa*

Concluida la primera etapa del procedimiento, pasamos a la de adopción del acuerdo de fusión por parte de las sociedades participantes en la operación²⁵, la cual comienza con la convocatoria de la Junta General. A estos efectos, habrá que poner a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos distintos de acciones y representantes de los trabajadores, para su examen en el domicilio social, toda la información necesaria para evaluar su conformidad u oposición con los términos de la fusión, al menos con un mes de antelación a la fecha prevista para su celebración.

En este punto vuelven a encontrarse los procedimientos de los dos países, toda vez que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 13° de la Ley 222/1995, el proyecto de fusión deberá mantenerse a disposición de los socios en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad en el domicilio principal, por lo menos con 15 días hábiles de antelación a la reunión en la que vaya a ser considerada la propuesta, y que en la convocatoria a dicha reunión deberá incluirse dentro del orden del día el punto referente a la fusión e indicar expresamente la posibilidad que tienen los socios de ejercer el derecho de retiro²⁶.

Según la ley española, una vez adoptado el acuerdo de fusión, se publicará tres veces en el BORME y en dos periódicos de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tengan sus domicilios. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los accionistas y

²⁵ De conformidad con lo que establece el artículo 234.3 de la LSA, el proyecto de fusión queda sin efecto cuando no haya sido aprobado por las Juntas Generales de las sociedades participantes dentro de los seis meses siguientes a la fecha de su elaboración; de manera que si transcurrido dicho plazo se pretende continuar con el proceso de fusión, será necesario elaborar un nuevo proyecto.

²⁶ En la legislación española no se reconoce a los socios el derecho de separación (retiro) con ocasión de la fusión de sociedades; no obstante, sí lo tienen en tratándose de la modificación del objeto social; de manera que si como consecuencia de la operación se modifica el objeto social de la sociedad beneficiaria de la operación, podrían ejercer su derecho a separarse.

acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición que le cabe a los accionistas de las sociedades participantes.

En Colombia, el artículo 174 del C. de Co. exige la publicación de un solo aviso, pero en un diario de circulación nacional. Este aviso deberá contener el nombre, domicilio y capital social de las compañías participantes, el valor de sus activos y pasivos y la síntesis del anexo explicativo de los métodos de evaluación utilizados y del intercambio de partes de interés, cuotas o acciones que implicará la operación, certificada por el revisor fiscal, si lo hubiere o, en su defecto, por un contador público. Adicionalmente, el artículo 11° de la Ley 222/1995 establece que el representante legal de cada sociedad participante comunicará el acuerdo de fusión a los acreedores sociales mediante telegrama o por cualquier otro medio que produzca efectos similares.

Llegado a este punto, cabe destacar que el contenido del aviso será más amplio para las sociedades sometidas a control y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, que deberán obtener además una autorización de dicho organismo para celebrar la operación. En este orden de ideas, las menciones adicionales que deberá incluir el aviso son las siguientes:

- El certificado expedido por el representante legal, y el del auditor constituido de cada compañía participante, en el que garantiza que el representante legal ha cumplido con la obligación legal de comunicar la fusión a los acreedores sociales mediante telegrama o cualquier otro método capaz de producir efectos similares;
- Los balances generales que muestren la consolidación de activos y pasivos recibidos con los balances extraordinarios de las compañías absorbentes y absorbidas que hayan eliminado previamente las cuentas comunes, de haberlas;
- Los certificados expedidos por la Cámara de Comercio de los domicilios de las compañías, en los que se evidencien los nombramientos de sus respectivos representantes legales, auditores constituidos y miembros de la junta directiva.

En cuanto a la autorización, será necesario acompañar a la solicitud los siguientes documentos:

- Copia de la convocatoria a la asamblea general de accionistas o junta de socios.
- Copia de la publicación del aviso y de las comunicaciones a los acreedores.
- Certificado de los representantes legales de la empresa confirmando que el compromiso de fusión estuvo a disposición de acreedores y accionistas.
- Si es del caso, pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre prácticas comerciales restrictivas.
- Copia completa y debidamente autorizada de las actas en las cuales conste la aprobación del compromiso de fusión.
- El compromiso de fusión.
- Estados financieros certificados y dictaminados
- Copia de los estudios técnicos empleados para la determinación del valor de los activos.
- Certificado de existencia y representación legal reciente.

A partir del último aviso de fusión, o del aviso único, si nos referimos a la ley colombiana, los acreedores tendrán un mes para oponerse a la operación; en ambos casos, dicha oposición dará derecho al acreedor inconforme a exigir que se les garanticen sus créditos.

c. *Tercera etapa*

No existiendo oposición, o resueltas éstas, las sociedades participantes de la operación deberán dar inicio a la última etapa del trámite mediante el otorgamiento de la escritura de fusión²⁷.

²⁷ En España, si participa en la fusión una sociedad colectiva o comanditaria simple, la escritura habrá de contener el consentimiento de todos los socios colectivos. Si la nueva sociedad o la absorbente fuera colectiva o comanditaria, la escritura deberá recoger el consentimiento de todos los socios que en virtud de la fusión pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales.

Según la legislación española, la escritura de fusión deberá contener como mínimo las siguientes menciones:

- La declaración de los otorgantes, bajo su responsabilidad, de haber puesto a disposición de los socios, obligacionistas y titulares de derechos especiales distintos de las acciones, así como de los representantes de los trabajadores, para su examen en el domicilio social, documentos de la fusión.
- La declaración de los otorgantes respectivos sobre la inexistencia de oposición por parte de los acreedores y obligacionistas o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiere prestado la sociedad.
- La fecha de publicación en el BORME del depósito del proyecto de fusión y del acuerdo de fusión.
- El contenido íntegro del acuerdo de fusión.
- El balance de fusión de las sociedades que se extinguen y, en su caso, el informe de los auditores.
- Si es una fusión por creación de una nueva sociedad, la escritura deberá contener las menciones legalmente exigidas para la constitución de la misma; si es una fusión por absorción, la escritura contendrá las modificaciones estatutarias que se hubieran acordado por la sociedad absorbente con motivo de la fusión y el número de participaciones que hayan de ser entregadas a cada uno de los nuevos socios.

Una vez otorgada la escritura de fusión, deberá inscribirse en el Registro Mercantil correspondiente²⁸, so pena de resultar ineficaz. Una vez inscrita, se publicará en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*.

²⁸ Según la ley española, se acompañarán a la escritura de fusión los siguientes documentos para su inscripción en el Registro Mercantil:

- El proyecto de fusión, salvo que se halle depositado en el mismo Registro.
- Los ejemplares de los diarios en que se hubiesen publicado la convocatoria de la Junta y el acuerdo de fusión.
- El informe de los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión, explicando y justificando el proyecto.
- El informe o informes del experto o expertos independientes sobre el proyecto de fusión y sobre el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen, cuando fueran obligatorios.

Según la ley colombiana, las menciones mínimas de la escritura de fusión deberán ser las siguientes:

- El permiso para la fusión en los casos exigidos por las normas sobre prácticas comerciales restrictivas.
- Tratándose de sociedades controladas²⁹, la aprobación oficial del avalúo de los bienes en especie que haya de recibir la absorbente o la nueva sociedad.
- Copias de las actas en que conste la aprobación del acuerdo de fusión.
- Si fuere el caso, el permiso de la Superintendencia para colocar las acciones o determinar las cuotas sociales que correspondan a cada socio o accionista de las sociedades absorbidas³⁰.
- Los balances generales de las sociedades fusionadas y el consolidado de la absorbente o de la nueva sociedad.
- Los estatutos de la nueva compañía.
- Las modificaciones necesarias en los estatutos de la sociedad absorbente.
- Descripción detallada de los bienes inmuebles que se transfieren con la fusión.

Una vez otorgada la escritura, deberá inscribirse en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio correspondiente para que surta plenos efectos ante terceros.

²⁹ Ley 222/1995, artículo 85, núm. 8º.

³⁰ Sólo si se trata de sociedades controladas (Ley 222/1995, artículo 85, num. 3º)

Tabla 1
Menciones mínimas del Proyecto de Fusión

España	Colombia
Nombre, domicilio e identificación registral de las sociedades que participan en la fusión y de la nueva sociedad, en su caso.	El artículo 173 C. Co. no lo menciona, pero es claro que deberá contener esta información. Cabe destacar que el artículo 4° de la Ley 222/1995 lo incluye para el Proyecto de Escisión.
El tipo de canje de las acciones o participaciones, que se determinará sobre la base del valor real del patrimonio social.	Tanto el artículo 173 C. Co. como el 4° de la Ley 222/1995 establecen que el compromiso o el proyecto, según el caso, deberá incluir un anexo explicativo de los métodos de evaluación utilizados y del intercambio de partes de interés, cuotas o acciones que implicará la operación.
El procedimiento por el que serán canjeadas las acciones o participaciones de las sociedades que se extinguen, así como la fecha a partir de la cual las nuevas acciones darán derecho a participar en las ganancias sociales y cualesquiera peculiaridades relativas a este derecho.	
La fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan habrán de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a la que traspasan su patrimonio.	No lo menciona el artículo 173 C. Co. Cabe señalar que el artículo 4° de la ley 222/1995 dispone que el proyecto de escisión deberá incluir la fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se disuelven habrán de considerarse realizadas para efectos contables, por cuenta de la sociedad o sociedades absorbentes.
Los derechos que vayan a otorgarse en la sociedad absorbente, o en la nueva sociedad que se constituya, a los titulares de acciones de clases especiales y a quienes tengan derechos especiales distintos de las acciones en las sociedades que deban extinguirse, o en su caso, las opciones que se les ofrezcan.	No tiene equivalencia en el compromiso de fusión. Cabe destacar que el artículo 4° de la Ley 222/1995 establece que el Proyecto de Escisión deberá incluir la opción que se ofrecerá a los tenedores de bonos.
Las ventajas de cualquier clase que vayan a atribuirse en la sociedad absorbente, o en la nueva sociedad, a los expertos independientes que intervengan en el proyecto de fusión, así como a los administradores de las sociedades participantes.	No tiene equivalencia en el compromiso de fusión.
No tiene equivalencia en la ley española. No obstante, es parte de la información que hay que poner a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos distintos de acciones y representantes de los trabajadores, para su examen en el domicilio social, al publicar la convocatoria a la Junta de aprobación del proyecto.	Los datos y cifras, tomados de los libros de contabilidad de las sociedades interesadas, que hubieren servido de base para establecer las condiciones en que se realizará la fusión.
	La discriminación y valoración de los activos y pasivos de las sociedades que serán absorbidas, y de la absorbente.

Tabla 2
Procedimiento de Fusión

España	Colombia
Preparación de los denominados Protocolos de Fusión. ³¹	Cruce de cartas de intención por parte de los administradores de las sociedades participantes.
Formulación y suscripción del Proyecto de Fusión.	Formulación y suscripción del compromiso o promesa de fusión.
Depósito del Proyecto de Fusión en los registros mercantiles correspondientes a los domicilios principales de las sociedades participantes.	No tiene equivalencia en la ley colombiana.
Formulación del Informe de los expertos independientes.	No tiene equivalencia en la ley colombiana.
Formulación del Informe de los Administradores de las sociedades participantes.	No tiene equivalencia en la ley colombiana de fusiones. No obstante, consideramos que sería equivalente a la mención sobre los motivos y condiciones de la operación que según la Ley 222/1995 debe incluirse en el Proyecto de Escisión.
Puesta a disposición de los socios y, en su caso, de los representantes de los trabajadores, de la documentación relativa a la fusión.	Puesta a disposición de los socios de la documentación relativa a la fusión.
Aprobación del proyecto y balance de fusión. En su caso, acuerdo en el que se apruebe el aumento del capital social en la cuantía correspondiente y consiguiente modificación de los Estatutos Sociales.	Aprobación del compromiso o promesa de fusión.
Publicación de los acuerdos tres veces en el <i>Boletín Oficial del Registro Mercantil</i> y una vez en dos periódicos de gran circulación en las provincias de las sociedades participantes.	Publicación del aviso de fusión en un diario de amplia circulación nacional, y notificación a los acreedores sociales mediante telegrama o medio similar.
Periodo de oposición de los acreedores de las respectivas sociedades: un mes desde la fecha de publicación del último anuncio.	Traslado a los acreedores durante los 30 días siguientes a la publicación del acuerdo de fusión, durante los cuales podrán exigir garantías para sus créditos. De ser admitida la petición, el juez suspenderá la operación hasta que se otorguen las garantías adecuadas.
Formalización de la operación mediante el otorgamiento de la escritura de fusión.	Formalización de la operación mediante el otorgamiento de la escritura de fusión.
Inscripción en los registros mercantiles correspondientes a los domicilios principales de las sociedades participantes	Inscripción en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio correspondiente para que tenga plenos efectos ante terceros.
Comunicación de la fusión a las autoridades fiscales, a fin de acogerse al régimen fiscal especial de neutralidad previsto en la Ley del Impuesto sobre Sociedades.	No tiene equivalencia en la ley colombiana.

³¹ Constituyen una actuación previa al procedimiento de fusión mediante la cual los

BIBLIOGRAFÍA

- ADQUISICIONES, FUSIONES Y ESCISIONES. Corporación Invertir en Colombia- Coinvertir. En *www.coinvertir.gov.co*
- CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO. Edición Conmemorativa 30 años. Santa fe de Bogotá, Legis, 2001.
- CÓDIGO DE COMERCIO ESPAÑOL. Madrid, Aranzadi, 1999.
- CONCEPTOS JURÍDICOS. Superintendencia de Sociedades de Colombia. En *www.supersociedades.gov.co*
- DE SOTO, Hernando. *El Misterio del Capital ¿Por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo?* México, Diana, 2001.
- ESTATUTO TRIBUTARIO 2001. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia. En *www.dian.gov.co*
- MEMENTO PRÁCTICO SOCIEDADES MERCANTILES 2000 – 2001. Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2000.
- MULLERAT, Ramón. Globalización del mundo. Globalización del derecho. Globalización de los abogados. En *Revista La Ley Jurisprudencia*, N° 5396, del 15-10-2001. Madrid, La Ley.
- NARVAEZ GARCÍA, José Ignacio. *Teoría General de las Sociedades*, 8ª ed. Santa Fe de Bogotá, Legis, 1999.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil: Introducción, empresa y sociedades*. Tomo I, 17ª ed. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1994.
- URIA, Rodrigo *et al.* *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*. Tomo IX, Vol. 2. Madrid, Civitas, 1993.
- URIA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. 26ª ed. Madrid, Marcial Pons, 1996.
- VICENT CHULIA, Francisco. *Introducción al Derecho Mercantil*. 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

órganos de administración de las sociedades involucradas plantean las ideas básicas del proyecto. Carecen de fuerza vinculante y no constituyen un elemento esencial del procedimiento de fusión.