

IMPUESTO DE REGISTRO - Presupuestos que configuran el hecho generador / HECHO GENERADOR DEL IMPUESTO DE REGISTRO - Presupuestos / BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO DE REGISTRO - Es el valor incorporado en el documento que contiene el acto, contrato o negocio jurídico

Esta Corporación en reiteradas oportunidades ha sostenido que los presupuestos del hecho generador del tributo son estar en presencia de actos o contratos o negocios jurídicos documentales en los cuales sean parte o beneficiarios los particulares y que tales actos deban registrarse en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos o en las Cámaras de Comercio.

NOTA DE RELATORIA: Sobre los presupuestos del hecho generador del impuesto de registro ver sentencias CE, S4, Rad. 8705, 1998/09/04, MP Daniel Manrique Guzmán, reiterada en las sentencias de CE, S4, Rad. 15316, 2007/11/08, MP Ligia López Díaz y CE, Se, Rad. 15315, 2007/11/15 MP Héctor J. Romero Díaz

FUSION DE SOCIEDADES - Concepto y modalidades / FUSION POR ABSORCION - Concepto / INSCRIPCION DEL AUMENTO DEL CAPITAL SUSCRITO DE SOCIEDADES - Genera el impuesto de registro / CERTIFICACION DEL REVISOR FISCAL QUE INFORMA EL AUMENTO DEL CAPITAL SUSCRITO - Documento sometido al impuesto de registro

De conformidad con el artículo 162 del Código de Comercio, la naturaleza jurídica de la fusión es una reforma a los estatutos sociales toda vez que con tal operación la estructura de la sociedad “sufrirá una serie de modificaciones como la inclusión de nuevos socios, adhesión de un patrimonio destinado a la realización de una actividad empresarial que puede ser la misma o una diferente, y eventualmente otra serie de modificaciones en las cláusulas que regulan la sociedad.” La fusión puede realizarse por dos modalidades: la fusión por creación y la fusión por absorción y ésta última -que es la que interesa para el caso concreto- ocurre cuando “una o más sociedades se extinguen para transferir en bloque sus patrimonios a otra sociedad ya existente que subsiste como persona jurídica. De la anterior definición se establece que a la sociedad absorbente se incorporan los patrimonios de las sociedades absorbidas por lo que la fusionante debe realizar alguna de las siguientes operaciones: Aumento del capital en cuantía que abarque la totalidad de los patrimonios netos que se le incorporan; si la fusionante es una sociedad en comandita por acciones o una anónima que tiene suficientes acciones en cartera por no haberlas colocado o por virtud de la adquisición de acciones propias, quizá no tenga que reformar sus estatutos en el sentido de aumentar el capital autorizado sino simplemente emitir las acciones que tiene en cartera, si la absorbente es titular de las acciones de una o de todas las absorbidas, los valores correspondientes se compensarán y los títulos se anularán. De lo anteriormente expuesto puede concluirse que la fusión por absorción consiste en la transmisión de uno o más patrimonios a favor de una sociedad ya existente y la incorporación de dichos patrimonios a la compañía absorbente, implica en la mayoría de los casos, un incremento de su capital suscrito, toda vez que la sociedad absorbente debe emitir las acciones necesarias para colocarlas entre los socios de las absorbidas, con el fin de que la participación de éstos en la compañía absorbente sea equivalente a la participación que poseían en la compañía absorbida. Lo anterior demuestra que con la expedición del artículo 153 de la ley 488 de 1998, la inscripción del aumento del capital suscrito de las sociedades, genera el impuesto de registro, aspecto que no tiene discusión en el presente caso por tratarse de una operación realizada en vigencia de la citada Ley 488 de 1998. De

otra parte debe precisarse, como lo ha sostenido la Sala que a partir de la vigencia de la disposición mencionada la certificación de Revisor Fiscal, a través de la cual se informa el aumento del capital suscrito, sin importar la operación que lo origine, constituye un documento sometido al impuesto de registro, pues la Ley 488 de 1998, lo definió como hecho generador del mismo, por lo que no resulta pertinente la afirmación de la actora en cuanto a que es el otorgamiento de la Escritura Pública el hecho generador del impuesto de registro, pues tal argumento quedó superado, como se advirtió, en la expedición de la misma Ley.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el aumento de capital suscrito ver sentencia CE, S4, Rad. 14951, 2006/10/26, MP Juan Ángel Palacio Hincapié

FUSION DE SOCIEDAD QUE NO IMPLIQUE AUMENTO DE CAPITAL - No genera el impuesto de registro

La Sala precisa que como lo afirma el actor en el recurso de apelación cuando el artículo 6 del Decreto 650 de 1996 definió lo que para efectos de la ley debían considerarse actos, contratos o negocios sin cuantía y tarifa y en ellos incluye en el literal g) “La inscripción de reformas relativas a la escisión, fusión o transformación de sociedades que no impliquen aumentos de capital ni cesión de cuotas o partes de interés”, tal situación obedece a que efectivamente existen fusiones que no generan aumentos de capital como podría citarse como ejemplo la fusión por absorción cuando la totalidad de las acciones de la sociedad absorbida pertenecen a la absorbente y en tales condiciones se realizan las eliminaciones mutuas de las cuentas contables de las compañías, caso en el cual no existe intercambio de acciones ni el capital de la absorbente resulta modificado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D. C., siete (7) de mayo de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 08001-23-31-000-2001-00463-01(16795)

Actor: CARBONES DEL CERREJON S.A. - CERREJON S.A.

Demandado: DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO

FALLO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 28 de marzo del 2007 del Tribunal Administrativo del Atlántico proferida dentro del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado contra los actos que liquidaron el

impuesto de registro y anotación con ocasión de la fusión por absorción celebrada entre la sociedad actora y Oreganal S.A.

ANTECEDENTES

Mediante Escritura Pública No. 2866 del 21 de septiembre de 1999 de la Notaría Segunda de Barranquilla (fl. 49) se formalizó un acuerdo de fusión entre CARBONES DEL CERREJÓN S.A. como absorbente y OREGANAL S.A. como absorbida. La mencionada fusión fue aprobada por la Superintendencia de Sociedades en la Resolución 320-1302 de septiembre 22 de 1999. (fl. 81)

El 6 de octubre de 1999 se registró ante la Cámara de Comercio de Barranquilla la fusión por absorción entre las sociedades antes indicadas bajo el No. 83.426 del libro respectivo. La sociedad OREGANAL S.A. se disolvió sin liquidarse en los términos previstos en el artículo 172 del Código de Comercio.

La Cámara de Comercio de Barranquilla en la factura o acto liquidatorio **205711** de noviembre 3 de 1999 (fl. 14 c.a.) procedió a liquidar el impuesto de registro y anotación sobre la suma de \$60.000.000.000 correspondiente al capital de OREGANAL S.A. que se agregó al de CARBONES DEL CERREJÓN S.A. en virtud de la fusión. El total liquidado por la Cámara de Comercio ascendió a la suma de \$429.169.200 discriminada así: a) \$420.000.100 a título de impuesto de registro y anotación, b) \$13.000 por inscripción de actas y documentos y c) \$9.156.100 por concepto de intereses de mora sobre el importe del impuesto de registro.

La sociedad actora pagó la totalidad de la liquidación antes indicada mediante cheque del Banco de Colombia de 2 de noviembre de 1999 (fl. 44) y además allegó a la Cámara de Comercio de Barranquilla la carta DJ-1121-99 de 3 de noviembre del mismo año (fl. 300) en la que advierte que el pago efectuado no implicaba la aceptación del acto liquidatorio.

CERREJÓN S.A. el 3 de noviembre de 1999 interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra el acto liquidatorio para que procediera a modificarlo en el sentido de determinar el tributo según las reglas previstas para los “actos sin cuantía” y no como “acto con cuantía” y además solicita el reembolso de lo pagado indebidamente o en exceso. La Cámara de Comercio

mediante “auto de trámite” (fl. 26) declaró que no tenía competencia para conocer el recurso pues de conformidad con el artículo 235 de la Ley 223 de 1995 la discusión sobre la liquidación del impuesto debe ser adelantada ante los organismos departamentales correspondientes.

La demandante procedió a interponer recurso de reconsideración (fl. 18) ante la Secretaría de Hacienda del Departamento del Atlántico el 18 de diciembre de 1999, el cual fue decidido mediante Resolución de 7 de diciembre del 2000 (fl. 34) que negó la revocatoria de la liquidación y rechazó la solicitud de devolución de lo pagado en exceso.

LA DEMANDA

El apoderado de la actora citó como violados los artículos 338 de la Constitución Política, 230 literal c) y 235 de la Ley 223 de 1995, 6° y 15 del Decreto Reglamentario 650 de 1996 y 851 del Estatuto Tributario.

El concepto de la violación se sintetiza así:

1. Artículo 230 literal c) de la Ley 223 de 1995.

Afirma que la fusión entraña una integración de patrimonios preexistente motivo por el cual no constituye un “aumento de capital”. Indica que si en la modalidad de absorción de una sociedad por otra se “incrementa” el capital de la absorbente mediante la colocación de acciones o cuotas en cabeza de los socios de la sociedad absorbida, no es porque se aumente el capital consolidado de las intervinientes en la fusión, sino porque dada la disolución de la sociedad absorbida, sus socios deben recibir acciones o cuotas de la absorbente, en el caso de acciones por tratarse de sociedades anónimas.

Expone que en la operación en cuestión sencillamente los patrimonios preexistentes se consolidan en uno solo que queda radicado en cabeza de la absorbente por lo que no hay aportes adicionales a los que en su momento se efectuaron para conformar el capital de una y otra sociedad y por lo tanto no existe realmente un acto que justifique la causación del tributo, al tratarse de actos sin cuantía que no suponen una base gravable de referencia respecto de la cual haya que aplicarse la tarifa.

Sostiene que la simple lectura del certificado de revisor fiscal y de los cuadros en doble columna que registran la historia de los capitales de las sociedades fusionadas permiten concluir:

- a) El 31 de agosto de 1999 el capital de CARBONES DEL CERREJÓN S.A. ascendía a \$59.166.859.000 y el de OREGANAL S.A. a \$60.000.000.000.
- b) El 17 de septiembre de 1999 en virtud del aumento de capital decretado por el órgano social competente en los términos del Acta No. 33 del 11 de agosto de 1999, el capital de CARBONES DEL CERREJÓN S.A. se incrementó en la suma de \$62.196.997.000.00 y respecto del mismo en su oportunidad se pagó el correspondiente impuesto de registro. Por su parte OREGANAL S.A. no varió su capital.
- c) El capital de CARBONES DEL CERREJÓN S.A. una vez consumada la fusión quedó en la suma de \$122.196.997.124 cantidad que corresponde exactamente al resultado de sumar los capitales que poseían las sociedades antes de la fusión.

Con base en lo anterior argumenta que no ha existido un aumento de capital y por tanto sostener que hay un incremento de \$60.000.000.000.00 en el capital de la sociedad absorbente y que sobre el mismo se debe liquidar el impuesto de registro sin reparar en que esa cifra corresponde exactamente al capital de la sociedad absorbida, sólo es posible a costa del desconocimiento de las reglas que informan la causación y la determinación del impuesto de registro y de su base gravable.

2. Artículo 6° del Decreto Reglamentario 650 de 1996.

Manifiesta que la liquidación censurada no tuvo en cuenta que según la norma los actos sin cuantía están gravados con tarifas entre los 2 y 4 salarios mínimos legales diarios y en especial el literal g) de la misma disposición en la cual se prevé que la inscripción de reformas relativas a la fusión de sociedades que no implique aumento de capital es un acto sin cuantía.

3. Artículo 338 de la Constitución Política.

Señala que los actos acusados quebrantan la norma constitucional porque determinan el impuesto de registro a cargo de la actora en términos distintos de los previstos en la ley.

4. Artículo 851 del E.T. en concordancia con el 235 de la Ley 223 de 1995 y el artículo 15 del Decreto Reglamentario 650 de 1996.

Aduce que las citadas disposiciones se infringieron por falta de aplicación por cuanto en ellas se obliga a las entidades correspondientes a devolver a los afectados el impuesto de registro pagado indebidamente o en exceso.

LA OPOSICIÓN

La apoderada del Departamento del Atlántico se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Aclara que el 6 de octubre de 1999 con el número 83.426 se registró ante la Cámara de Comercio de Barranquilla la fusión por absorción de la sociedad actora y OREGANAL S.A. por lo que la entidad procedió a liquidar el impuesto mediante acto administrativo de liquidación **2090341** de la misma fecha por la suma de \$44.600 discriminados así: \$31.600 por impuesto de registro y \$13.000 por inscripción de actas y documentos, lo anterior en cumplimiento del literal g) del artículo 6° del Decreto 650 de 1996 relacionado con actos sin cuantía, por lo que concluye que la liquidación se hizo bajo los parámetros legales y no es cierto lo manifestado por la demandante que el acto se cobró como de cuantía.

Explica que lo que originó el acto con cuantía fue el registro de la certificación que la sociedad actora inscribió en la Cámara de Comercio el día 3 de noviembre en el que el revisor fiscal certifica el aumento del capital suscrito y pagado en la suma de \$60.000.000.124,4330 resultante de la fusión con la sociedad OREGANAL S.A., de conformidad con los términos de la Escritura Pública 26866.

Precisa que con base en lo establecido en el artículo 1° del Decreto 1184 de 1984 en concordancia con los artículos 153 de la Ley 488 de 1998 y 8° literal b) del Decreto 650 de 1996 y la certificación expedida por el revisor fiscal, el 7 de octubre de 1999, la Cámara de Comercio liquidó el impuesto de registro teniendo en cuenta el aumento de capital certificado por la demandante el cual fue además

corroborado por el Segundo Suplente del Presidente en escrito dirigido a la Cámara de Comercio el 29 de octubre de 1999.

Frente a las normas invocadas como violadas reitera que existen dos actos liquidatorios, el No. 2090341 de 6 de octubre acto sin cuantía por tratarse de un aumento de capital autorizado por la Asamblea General de Accionistas mediante Acta 25 de 28 de agosto de 1998 y el acto 2051711 de 3 de noviembre de 1999 acto con cuantía por haber sido certificado por el revisor fiscal el incremento de capital suscrito y pagado de \$60.000.000.124,4330 por valor de \$429.169.2000.

Por lo anterior concluye que los actos antes indicados se sujetaron a las disposiciones que regulan la materia y con base en los documentos presentados por la sociedad actora que certificaban que existía aumento de capital con la fusión por absorción de la sociedad OREGANAL S.A.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Atlántico negó las pretensiones del demandante con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación.

Expone que el capital de Carbones del Cerrejón S.A. antes de la solemnización del acuerdo de fusión por absorción con OREGANAL S.A. ascendía a la suma de \$62.196.997.000, valor al que llegó una vez aprobado el aumento de capital social autorizado por parte de la Asamblea General de accionistas en cuantía de \$3.030.138.000, según consta en Acta No. 33 del 11 de agosto de 1999.

Estima que el hecho que la sumatoria de los capitales de las sociedades a fusionarse arroje un guarismo exactamente igual al que resultó siendo posteriormente el capital de la sociedad absorbente, no significa la inexistencia de aumento de capital antes indicado, a fin de que la suma del nuevo capital coincidiera con el de las dos sociedades individualmente consideradas.

Señala que la sola circunstancia que contablemente la agregación de los dos capitales registre un mismo valor no puede concluirse que esa transacción no generó un aumento de capital, pues se transfirió ese activo (dinero) al patrimonio de la sociedad absorbente y como consecuencia lógica esa incorporación elevó el mismo. Agrega que no puede entenderse de otra forma que la “relación de

intercambio” o de acciones por acciones a que alude la demandante se verifique, pues si a los socios de la persona jurídica que subsiste se “trasladan” las acciones con el consecuente incremento del valor de las mismas, eso genera un aumento de capital.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **la parte demandante** aduce como motivos de inconformidad con la sentencia de primera instancia los siguientes:

Indica que el aumento de capital por valor de \$3.030.138.000 a que alude la sentencia, obedeció a una decisión autónoma de la Asamblea General de Accionistas de la actora, adoptada conforme a la ley antes de formalizarse la fusión y además sobre el importe del incremento se pagó el correspondiente impuesto de registro, como consta en el comprobante aportado con la demanda, por lo que no se entiende el argumento del Tribunal en relación con la coincidencia entre el capital suscrito de la absorbente luego de la fusión y la suma de los capitales de las dos sociedades antes de la operación.

Con fundamento en el artículo 173 del Código de Comercio, afirma que la fusión de sociedades implica un procedimiento complejo en el que las consideraciones de tipo económico revisten especial importancia pues se persigue que los accionistas de la sociedad absorbida reciban de manera equitativa acciones de la absorbente que no necesariamente corresponderá a un número igual de acciones al que poseía.

En cuanto a la relación de intercambio de partes de interés precisa que en ésta se determina cuántas acciones (o cuotas de interés) debe entregar la sociedad absorbente a cambio de cada acción poseída en la absorbida, procedimiento que en las sociedades anónimas no es otra cosa que establecer el valor intrínseco de las acciones de las sociedades que intervienen en la operación, para establecer de manera equitativa a cuántas acciones de la absorbente tienen derecho los accionistas de la absorbida, por cada acción poseída en ésta última, todo lo cual es analizado por la Superintendencia de Sociedades previamente.

Explica que en una operación de fusión por absorción dependiendo de la relación de intercambio pueden darse tres resultados: a) que el nuevo capital suscrito sea

superior a la suma del valor nominal de las acciones de las sociedades absorbente y absorbida antes de la fusión, caso en el cual se produce un aumento de capital y en consecuencia se genera el impuesto de registro, b) que el nuevo capital suscrito sea igual a la suma del valor nominal de las acciones de las sociedades antes de la fusión, evento en el que no hay aumento de capital y c) que el nuevo capital suscrito sea inferior a la suma del valor nominal de las acciones de las sociedades involucradas antes de la fusión, caso en el cual tampoco hay aumento de capital.

Explica que el literal g) del artículo 6° del Decreto 650 de 1996 califica como acto sin cuantía la inscripción de reformas relativas a la fusión que no implique aumentos de capital porque tiene en cuenta las diferentes situaciones que en cuanto al capital de las sociedades intervinientes se pueden derivar de una fusión, pues de lo contrario no tendría ningún sentido la distinción implícita que hace la norma entre fusiones que no implican aumento de capital y las fusiones que sí lo implican.

Manifiesta que en el caso concreto de la fusión de las sociedades en cuestión, la operación no implicó transferencia de acciones ni aumento de capital y por lo tanto es plenamente aplicable la norma antes citada. Indica que la relación de intercambio aprobada por la Superintendencia de Sociedades determinó una situación paritaria en la que el nuevo capital suscrito de la absorbente resultó prácticamente igual a la suma de los capitales suscritos que antes de la fusión tenían las sociedades, luego es absolutamente claro que no existió un aumento de capital.

Resalta que en la contestación de la demanda la entidad deja ver claramente que la Cámara de Comercio liquidó en un principio de manera correcta y ajustada a la ley el impuesto de registro, esto es, como un acto sin cuantía, no obstante con ocasión de la actualización del registro mercantil de la actora, con base en el certificado del revisor fiscal que informaba sobre la consolidación de los capitales suscritos en cabeza de la sociedad absorbente, volvió a liquidar el impuesto de registro, esta vez contra la ley, sobre el valor que corresponde en realidad al capital suscrito que antes de la fusión tenía la sociedad absorbida OREGANAL S.A.

Insiste en que en ésta última oportunidad se desconoció que el hecho generador del impuesto, en casos de fusión, es el otorgamiento de la escritura pública que la perfecciona y que no puede serlo el simple hecho de la actualización del registro mercantil del revisor fiscal de la sociedad absorbente sobre la consolidación de los capitales intervinientes en la fusión en cabeza de dicha sociedad. Sobre este punto citó las sentencias de 4 de septiembre de 1998, Exp. 8705, C.P. Dr. Daniel Manrique Guzmán y de 17 de marzo del 2000, Exp. 12395, C.P. Dr. Germán Ayala Mantilla.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante** reiteró los argumentos expuestos con ocasión del recurso.

La **parte demandada** guardó silencio en esta oportunidad procesal.

EL MINISTERIO PÚBLICO

La **Procuradora Sexta Delegada ante esta Corporación** solicita que sea confirmada la sentencia apelada.

Transcribe el artículo 226 de la Ley 223 de 1995 para concluir que de su lectura se puede colegir que el hecho generador del impuesto de registro en el caso lo constituye la inscripción de actos, contratos o negocios jurídicos documentales en los que sean parte o beneficiarios los particulares, pero que por mandato legal, deban registrarse en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos o en las Cámaras de Comercio.

Señala que la parte recurrente para enervar los actos impugnados utiliza argumentos que le sirvieron de fundamento a la sentencia de 4 de septiembre de 1998, Exp. 8705, C.P. Dr. Daniel Manrique Guzmán, sin que aquéllos sean pertinentes en el caso, por cuanto si bien en el fallo se declaró la nulidad de la expresión “aumento de capital suscrito” a que aludía el literal b) del artículo 8° del Decreto 650 de 3 de abril de 1996, tal falencia fue subsanada por la Ley 488 del 28 de diciembre de 1998 que consagró la misma previsión en su artículo 153, declarado exequible en la sentencia C-569 del 2000.

Explica que del mencionado artículo 153 íb., se puede establecer la obligación que les atañe a las sociedades por acciones respecto del deber de inscribir en el Registro Mercantil los aumentos de capital suscrito de dichas sociedades, circunstancia que se subsume dentro de la hipótesis del artículo 226 de la Ley 223 de 1995, para que se configure el hecho generador del impuesto de registro.

Indica que el artículo 6° del Decreto 650 de 1996 definió lo que para efectos de la ley debían considerarse actos, contratos o negocios sin cuantía y tarifa para lo cual resalta en el literal g) que prevé *“La inscripción de reformas relativas a la escisión, **fusión** o transformación de sociedades **que no impliquen aumentos de capital** ni cesión de cuotas o partes de interés”*.

Sostiene con fundamento en lo anterior, que en el caso mal puede aducir la parte actora que la inscripción del acto en la Cámara de Comercio de Barranquilla mediante el cual se aumentó el capital suscrito de la sociedad en cuantía de \$60.000.000.000 pueda considerarse como un acto sin cuantía, cuando la figura jurídica implica la no incorporación de derechos apreciables pecuniariamente.

Precisa que en el sub examine se materializó la hipótesis prevista en el artículo 153 de la Ley 488 de 1998 y así la actora se convirtió en sujeto pasivo del impuesto de registro, pues resulta evidente el aumento de su capital suscrito, que una vez absorbida por liquidación la sociedad OREGANAL S.A., la absorbente CARBONES DEL CERREJÓN S.A., debió emitir nuevas acciones a favor de los que fueron accionistas de la sociedad absorbida.

Finalmente señala que la sentencia de 17 de marzo del 2000, Exp. 12395-1, C.P. Dr. Germán Ayala Mantilla traída como fundamento por la sociedad actora tampoco resulta aplicable al caso toda vez que las circunstancias fácticas que la originaron, tuvieron lugar antes de la promulgación de la Ley 488 de 1998. Al respecto cita y transcribe apartes de la sentencia de 5 de febrero del 2004, Exp. 13482, C.P. Dra. Ligia López Díaz.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto corresponde a la Sala analizar la legalidad de la actuación mediante la cual la Cámara de Comercio de Barranquilla

liquidó a la actora el impuesto de registro con ocasión de la fusión por absorción realizada entre la sociedad demandante y OREGANAL S.A.

El artículo 226 de la Ley 223 de 1995 consagra el hecho generador del impuesto de registro, en los siguientes términos:

ARTICULO 226. *Hecho Generador. Está constituido por la inscripción de actos, contratos o negocios jurídicos documentales en los cuales sean parte o beneficiarios los particulares y que, de conformidad con las disposiciones legales, deban registrarse en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos o en las Cámaras de Comercio.*

Cuando un acto, contrato o negocio jurídico deba registrarse tanto en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos como en la Cámara de Comercio, el impuesto se generará solamente en la instancia de inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

No generan el impuesto aquellos actos o providencias que no incorporan un derecho apreciable pecuniariamente en favor de una o varias personas, cuando por mandato legal deban ser remitidos para su registro por el funcionario competente.

PARAGRAFO. *Cuando el documento esté sujeto al impuesto de registro de que trata la presente Ley, no se causará impuesto de timbre nacional.*

Esta Corporación en reiteradas oportunidades¹ ha sostenido que de la norma antes transcrita se establecen los presupuestos del hecho generador del tributo así:

- a) Estar en presencia de actos o contratos o negocios jurídicos documentales en los cuales sean parte o beneficiarios los particulares².
- b) Que de conformidad con las disposiciones legales, tales actos deban registrarse en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos o en las Cámaras de Comercio.

Por su parte el artículo 229 de la Ley 223 de 1995 define la base gravable y para el caso de sociedades anónimas o asimiladas, concretamente establece:

ARTICULO 229. *Base gravable. Está constituida por el valor incorporado en el documento que contiene el acto, contrato o negocio jurídico. Cuando se trate de inscripción de contratos de constitución o reforma de sociedades anónimas o asimiladas, la base gravable está constituida por el capital suscrito. Cuando se trate de inscripción de contratos de*

¹ Sentencia de 4 de septiembre de 1998, Exp. 8705, C.P. Dr. Daniel Manrique Guzmán, reiterada en las sentencias de 8 de noviembre del 2007, Exp. 15316, C.P. Dra. Ligia López Díaz y de 15 de noviembre del 2007, Exp. 15315, C.P. Dr. Héctor J. Romero Díaz.

² Las entidades públicas de conformidad con el artículo 3° del Decreto 650 de 1996 no son sujetos pasivos del impuesto de registro.

constitución o reforma de sociedades de responsabilidad limitada o asimiladas, la base gravable está constituida por el capital social.

En los actos, contratos o negocios jurídicos sujetos al impuesto de registro en los cuales participen entidades públicas y particulares, la base gravable está constituida por el 50% del valor incorporado en el documento que contiene el acto o por la proporción del capital suscrito o del capital social, según el caso, que corresponda a los particulares.

En los documentos sin cuantía, la base gravable está determinada de acuerdo con la naturaleza de los mismos.

Cuando el acto, contrato o negocio jurídico se refiera a bienes inmuebles, el valor no podrá ser inferior al del avalúo catastral, el autoavalúo, el valor del remate o de la adjudicación, según el caso.

En el sub examine se advierte que mediante Escritura Pública 2.866 de 24 de septiembre de 1999 (fl. 49) se perfeccionó la *fusión por absorción* entre la sociedad actora (absorbente) y OREGANAL S.A. (absorbida), la cual fue inscrita en la Cámara de Comercio de Barranquilla el 6 de octubre de 1999 bajo el No. 83426.

Posteriormente el revisor fiscal de la sociedad Carbones del Cerrejón S.A. certificó con destino a la Cámara de Comercio de Barranquilla para que se realizara la correspondiente inscripción en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la demandante, *“la composición del capital autorizado, pagado y suscrito de la sociedad a la fecha como consecuencia de la inscripción efectuada el día 6 de octubre de 1999 (...) de la escritura pública de fusión con la sociedad Oreganal S.A. No. 2.866 del 24 de septiembre de 1999 (...)”* (fl. 311)

Aunque la mencionada certificación no obra en el expediente, consta la carta de 29 de octubre de 1999 mediante la cual el Segundo Suplente del Presidente de la actora hace su remisión a la Cámara de Comercio y en ella consigna los montos del capital a que hace alusión el revisor fiscal, lo cual coincide además con el contenido de la certificación transcrita por la demandada en su escrito de oposición, sin que tal aspecto haya sido controvertido por la parte demandante, en los siguientes términos:

“El presente certificado se expide con destino a la Cámara de Comercio de Barranquilla, a los siete (7) días del mes de octubre de 1999, para efectos del registro correspondiente del capital suscrito y pagado, el cual se incrementó en la suma de Sesenta mil millones ciento veinticuatro pesos con 43,30 centavos (\$60.000.000.124.4330) el cual corresponde al valor resultante de la fusión con la sociedad OREGANAL S.A., de conformidad con los términos de la escritura pública 2866 otorgada (...) el día 24 de septiembre de 1999, la cual fue inscrita en el registro mercantil de la sociedad CARBONES DEL

CERREJÓN S.A., el día seis (6) del mes de octubre de 1999 con el número 83.426” (fl. 307)

En la carta remisoria del certificado del revisor fiscal, antes mencionada, el representante de la sociedad demandante, consigna *“me permito adjuntar certificación del Revisor Fiscal de la compañía, sobre la composición del capital autorizado, pagado y suscrito de la sociedad a la fecha como consecuencia de la inscripción efectuada el día 6 de octubre de 1999, en esa Cámara de Comercio de la escritura pública de fusión con la sociedad Oreganal S.A. (...). El anterior capital suscrito y pagado era de \$62.196.997.000.00, y se incrementó en la suma de \$ 60.000.000.124.4430 para quedar en \$ 122.196.997.124.4430”.* (fl. 311)

Con fundamento en el Certificado del Revisor Fiscal, la Cámara de Comercio de Barranquilla expidió el acto liquidatorio **2051711** de 3 de noviembre 1999, en el que liquidó el impuesto de registro y anotación en la suma de \$429.169.200. (fl. 17), el cual es objeto de discusión en el presente trámite.

De acuerdo con los argumentos de la parte actora la fusión por absorción en mención no generó un aumento del capital suscrito mientras que la demandada sostiene que la operación implicó el aumento de dicho capital el cual fue certificado por el revisor fiscal de la sociedad.

Para dilucidar el caso planteado resulta necesario analizar la figura jurídica de la fusión y concretamente las características de la fusión por absorción, para lo cual la Sala debe remitirse a las disposiciones comerciales y a la doctrina especializada sobre el tema que permitan determinar los efectos de la mencionada operación en relación con la composición del capital social de la sociedad absorbente.

La fusión está definida en el artículo 172 del Código de Comercio, así:

Art. 172.- *Habrà 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.

Respecto del concepto legal de fusión la Superintendencia de Sociedades³ ha expresado:

*“La fusión que es en si misma una reforma estatutaria sujeta al trámite previsto en los artículos 158 y 162 ídem, está regulada en su concepción legal 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.
(...)”*

En efecto, de conformidad con el artículo 162 del Código de Comercio, la naturaleza jurídica de la fusión es una reforma a los estatutos sociales toda vez que con tal operación la estructura de la sociedad *“sufrirá una serie de modificaciones como la inclusión de nuevos socios, adhesión de un patrimonio destinado a la realización de una actividad empresarial que puede ser la misma o una diferente, y eventualmente otra serie de modificaciones en las cláusulas que regulan la sociedad.”*⁴

La fusión puede realizarse por dos modalidades: la fusión por creación y la fusión por absorción y ésta última -que es la que interesa para el caso concreto- ocurre cuando *“una o más sociedades se extinguen para transferir en bloque sus patrimonios a otra sociedad ya existente que subsiste como persona jurídica.”*⁵

De la anterior definición se establece que a la sociedad absorbente se incorporan los patrimonios de las sociedades absorbidas por lo que la fusionante debe realizar alguna de las siguientes operaciones:

“a) Aumento del capital en cuantía que abarque la totalidad de los patrimonios netos que se le incorporan.

“b) Si la fusionante es una sociedad en comandita por acciones o una anónima que tiene suficientes acciones en cartera por no haberlas colocado o por virtud de la adquisición de acciones propias, quizá no tenga que reformar sus estatutos en el sentido de aumentar el capital autorizado sino simplemente emitir las acciones que tiene en cartera.

³ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-5685, 19 de febrero de 2004.

⁴ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-10481, 30 de marzo del 2001.

⁵ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Tomo II. Bogotá : Temis. 2004. p. 99.

“c) Si la absorbente es titular de las acciones de una o de todas las absorbidas, los valores correspondientes se compensarán y los títulos se anularán.”⁶

En este punto conviene precisar que en las sociedades anónimas como es la demandante, el capital social se compone del capital autorizado, capital suscrito y capital pagado los cuales han sido ampliamente definidos por la doctrina y sobre el particular la Sala⁷ ha señalado que *“capital autorizado es una cuantía fija que determina el tope máximo de capitalización de la sociedad. Dicho monto es fijado por los asociados libremente, con fundamento en las necesidades económicas de la empresa que se propongan desarrollar. El capital suscrito es la parte del autorizado que los socios se comprometen a pagar. Este rubro corresponde a los aportes que los socios entregan a la compañía y que pueden ser pagados al contado o a plazos. Finalmente, el capital pagado, está constituido por la parte del suscrito que ha ingresado al haber social, esto es, la suma que ha sido efectivamente cancelada por los asociados”*.

De lo anteriormente expuesto puede concluirse que la fusión por absorción consiste en la transmisión de uno o más patrimonios a favor de una sociedad ya existente y la incorporación de dichos patrimonios a la compañía absorbente, implica en la mayoría de los casos, un incremento de su capital suscrito, toda vez que la sociedad absorbente debe emitir las acciones necesarias para colocarlas entre los socios de las absorbidas, con el fin de que la participación de éstos en la compañía absorbente sea equivalente a la participación que poseían en la compañía absorbida.

Analizados los aspectos más relevantes de lo que implica la fusión por absorción en el sub examine se advierte:

En el compromiso de fusión⁸ celebrado el 3 de agosto de 1998 entre las sociedades mencionadas se establecieron en el numeral segundo (fl. 85), entre otras, las siguientes condiciones:

“(…)

⁶ NARVAEZ GARCIA, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. 6ª. Ed. Bogotá : Temis S.A. 1990. p. 244.

⁷ Sentencia de junio 9 del 2005, Exp. 14075, C.P. Dra. Ligia López Díaz.

⁸ Art. 173 C.Co.

- c) *La sociedad CARBONES DEL CERREJÓN S.A. sustituirá las acciones que los Accionistas de OREGANAL posean en esa Sociedad en la fecha de la fusión, con acciones ordinarias de valor nominal de mil CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS CON 81.46/100 (1.481.8146) moneda legal Colombiana cada una.*
- d) *CARBONES DEL CERREJÓN S.A. incrementará su capital autorizado de manera que le sea posible emitir y asignar la cantidad de 26.306.454 acciones entre los accionistas de la sociedad OREGANAL S.A. a razón de CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS CON 81.46/100 (sic) (1.437.8146...) moneda legal colombiana.* (Subrayas fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior se observa que la sociedad actora incrementó su capital autorizado -por no tener acciones en reserva⁹- a fin de poder emitir y colocar las acciones que según la relación de intercambio señalada en el compromiso de fusión, le correspondieron a los socios de OREGANAL S.A. en la sociedad absorbente, como contraprestación al aporte patrimonial transferido a CARBONES DEL CERREJÓN S.A.¹⁰.

Así las cosas, se advierte que contrario a lo afirmado por la demandante, la fusión por absorción implicó el aumento del capital suscrito en virtud de la emisión y colocación de acciones entre los socios de la sociedad absorbida y precisamente como consecuencia de lo anterior, la certificación expedida por el revisor fiscal cumplió con la finalidad de informar y registrar ante la Cámara de Comercio de Barranquilla, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Decreto 1184 de 1984¹¹, el nuevo capital suscrito y pagado de la actora resultante de la fusión por absorción, es decir la incorporación del patrimonio proveniente de la compañía absorbida.

⁹ Art. 385 C. Co. "Las acciones no suscritas en el acto de constitución y las que emita posteriormente la sociedad serán colocadas de acuerdo con el reglamento de suscripción. (...)". Aunque para el caso de fusión no se requiere del procedimiento de suscripción de acciones porque se trata de un intercambio de acciones de acuerdo con lo pactado en el compromiso de fusión.

¹⁰ Incluso en el Acta 25 de 28 de agosto de 1998 de Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de Carbones del Cerrejón en el punto quinto se autorizó al Presidente o cualquiera de sus dos suplentes a realizar las reformas estatutarias necesarias como consecuencia de la fusión "y en especial la de aumento del capital autorizado a la suma establecida en el compromiso de fusión como nuevo capital suscrito de la sociedad después de la fusión (...)" (fl. 68 vto.)

¹¹ ART. 1°—Para los efectos del artículo 376 del Código de Comercio, las sociedades por acciones deberán inscribir en el registro mercantil los aumentos del capital suscrito, dentro del mes siguiente al vencimiento de la oferta para suscribir. Así mismo, deberá registrarse el monto del capital pagado, dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo para el pago de las acciones suscritas o al término de la oferta de suscripción, según se trate.

Para tal fin se inscribirá en la cámara de comercio con jurisdicción en el lugar del domicilio principal de la sociedad, una certificación suscrita por el revisor fiscal.

Las anteriores consideraciones permiten deducir que el argumento de la actora relacionado con la comparación de los capitales suscritos de las sociedades absorbente y absorbida antes y después de la fusión no resulta el factor a verificar en el momento de determinar si hubo o no aumento de capital suscrito, pues tal situación deviene, en la mayoría de los casos, de la naturaleza misma de la fusión por absorción pues, como quedó antes explicado, esta comporta la recepción de un patrimonio que se compensa con la emisión de acciones a favor de los socios que se incorporan a la sociedad absorbente.

Ahora bien, para efectos del impuesto de registro debe indicarse que mediante el Decreto Reglamentario 650 de 1996 por el cual se reglamenta la Ley 223 de 1995, el Gobierno Nacional dispuso:

“Artículo 8º. Base gravable en la inscripción de contratos o reforma de sociedades y otros actos. Para los actos, contratos o negocios jurídicos que se relacionan a continuación, el impuesto de registro se liquidará así :

b) En la inscripción del documento sobre aumento del capital suscrito o de aumento de capital social, el impuesto se liquidará sobre el valor del respectivo aumento de capital ;

(...)”

Contra la expresión subrayada del literal b) de la anterior disposición se presentó demanda ante esta jurisdicción, la cual fue decidida por la Sala en sentencia de fecha 4 de septiembre 1998 en el sentido de declarar la nulidad de la expresión **“aumento del capital suscrito o de”**.

Ante esta sentencia, en la Reforma Tributaria expedida por la Ley 488 de 24 de diciembre de 1998, se consagró legalmente el aumento de capital suscrito de las sociedades por acciones, como hecho generador del impuesto de registro, en la siguiente norma:

“Artículo 153. Todo aumento del capital suscrito de las sociedades por acciones, inscritas en el Registro Mercantil, está sometido al pago del impuesto de registro que establece el artículo 226 de la Ley 223 de 1995”.

Lo anterior demuestra que con la expedición del artículo 153 de la ley 488 de 1998, la inscripción del aumento del capital suscrito de las sociedades, genera el

impuesto de registro, aspecto que no tiene discusión en el presente caso por tratarse de una operación realizada en vigencia de la citada Ley 488 de 1998.

De otra parte debe precisarse, como lo ha sostenido la Sala¹², que a partir de la vigencia de la disposición mencionada la certificación de Revisor Fiscal, a través de la cual se informa el aumento del capital suscrito, sin importar la operación que lo origine, constituye un documento sometido al impuesto de registro, pues la Ley 488 de 1998, lo definió como hecho generador del mismo, por lo que no resulta pertinente la afirmación de la actora en cuanto a que es el otorgamiento de la Escritura Pública el hecho generador del impuesto de registro, pues tal argumento quedó superado, como se advirtió, en la expedición de la misma Ley.

En efecto, de las pruebas allegadas al proceso y de la certificación del revisor fiscal se observa que la que antes de la fusión por absorción el capital suscrito de la sociedad actora ascendía a la suma de \$62.196.997.000.00 y el de la sociedad absorbida era de \$60.000.000.000., por lo que el capital resultante de la operación y que se consolidó en cabeza de CARBONES DEL CERREJÓN S.A. fue de \$122.196.997.124., lo que de manera clara demuestra el aumento del capital en la cuantía sobre la cual la Cámara de Comercio de Barranquilla liquidó el correspondiente impuesto de registro.

La Sala precisa que como lo afirma el actor en el recurso de apelación cuando el artículo 6 del Decreto 650 de 1996 definió lo que para efectos de la ley debían considerarse actos, contratos o negocios sin cuantía y tarifa y en ellos incluye en el literal g) *“La inscripción de reformas relativas a la escisión, **fusión** o transformación de sociedades **que no impliquen aumentos de capital ni cesión de cuotas o partes de interés**”*, tal situación obedece a que efectivamente existen fusiones que no generan aumentos de capital como podría citarse como ejemplo la fusión por absorción cuando la totalidad de las acciones de la sociedad absorbida pertenecen a la absorbente y en tales condiciones se realizan las eliminaciones mutuas de las cuentas contables de las compañías, caso en el cual no existe intercambio de acciones ni el capital de la absorbente resulta modificado.

Por lo antes analizado, esta Sala comparte el concepto del Ministerio Público en el sentido de señalar que en el sub examine el capital suscrito de la sociedad actora se incrementó con ocasión de la fusión por absorción de OREGANAL S.A. lo que originó

¹² Sentencia de octubre 26 del 2006, Expediente 14951, C.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié.

que el revisor fiscal, en cumplimiento de su deber, informara tal situación que en términos del artículo 153 de la Ley 488 de 1998 esta sometido al impuesto de registro en concordancia con el artículo 226 de la Ley 223 de 1995.

En consecuencia esta Corporación confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

CONFIRMASE la sentencia objeto de apelación.

Se reconoce personería al Doctor MAURICIO ALFREDO PLAZAS VEGA como apoderado de la parte demandante, según sustitución de poder que obra a folio 22.

Cópiese, notifíquese y comuníquese. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidenta de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

HÉCTOR J. ROMERO DIAZ