

OFICIO 220-201450 DEL 02 DE DICIEMBRE DE 2013

ASUNTO: FUSIÓN. - CLASES DE FUSIÓN Y OTROS TEMAS.

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2013-01-414248, mediante la cual formula las siguientes consultas:

“ ...

- a. Sociedad Anónima constituida en el exterior e integrada en su gran mayoría por socios colombianos los cuales poseen más del 70% de las acciones suscritas y pagadas pueden legalmente fusionar por absorción o por incorporación sociedades anónimas con domicilio en nuestro país donde ellos son socios mayoritarios?
- b. Cuantos tipos de fusión de índole civil y mercantil contempla nuestra legislación vigente, y en que eventos se utiliza cada una de ellas.
- c. Cómo es el procedimiento que permite a los socios minoritarios de las sociedades anónimas vender su participación a socios de ella o público en general? Subrayar que la sociedad anónima no cotice en bolsa.

...”

Para responder la **primera de las inquietudes** por usted propuestas, considero del caso informar que sobre el tema en mención, la Superintendencia ha hecho numerosos pronunciamientos; para el efecto me permito transcribir el oficio 220-21507 del 25 de abril de 2007, en el que señala la viabilidad de la fusión por absorción de una sociedad en el exterior como absorbente y una sociedad Colombiana como absorbida, siempre y cuando la sociedad extranjera incorpore en el país una sucursal, que en este caso es la que adquiere los derechos y obligaciones de la sociedad absorbida en el país.

El texto del oficio, es el siguiente:

“Ref: Fusión de sociedad colombiana como absorbida y sociedad extranjera como absorbente.

Aviso recibo de su comunicación radicada con el No. 2007-01-044157, mediante la cual consulta si con fundamento en la doctrina vigente de esta Entidad en torno al tema, puede deducirse que en el evento en que la sociedad resultante de un proceso de fusión a través de la cual una sociedad extranjera absorba a una sociedad nacional, no vaya a mantener más actividades permanentes en Colombia, no se requerirá la incorporación de una sucursal en el territorio nacional.

Aunque no es del caso transcribir aquí el Oficio 220- 166478 del 30 de agosto de 1994, que sustenta el concepto al que su consulta alude, para los fines pertinentes sí es necesario precisar desde ahora, que los alcances del mismo se circunscriben a la hipótesis sobre la que gira el análisis efectuado entonces, esto es a la fusión entre una sociedad extranjera y una sociedad colombiana en virtud de la cual la primera absorba la

segunda, estableciéndose por aquella, como consecuencia, una sucursal en nuestro país, que no sólo continúe con el desarrollo del objeto social de la nacional, sino que además asuma sus obligaciones, hipótesis a la que está referida la conclusión que este Despacho expuso y aún mantiene y, según la cual a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, es posible considerar viable la operación en los términos descritos.

Luego es importante aclarar que es ese el sentido en que la Superintendencia ha reiterado su criterio, como se advierte entre otros en el texto del Oficio-220-051140 2005/09/13- dirigido a esa misma firma de abogados, en el cual se expresa:

“Antes de abordar puntualmente los interrogantes propuestos, resulta pertinente efectuar algunas consideraciones previas de carácter conceptual, a partir de los pronunciamientos contenidos en los oficios 220-16478 del 30 de agosto de 1994 y 220- 10481 del 27 de marzo de 2001, que en su orden expresan la doctrina de esta Entidad, primero, en torno a la fusión entre una sociedad extranjera y segundo, a la estructura jurídica a la que responde la figura de la fusión y sus efectos, dentro del marco de la legislación vigente en Colombia.

-Fusión Internacional. En el primero de los conceptos citados la Superintendencia con fundamento en los argumentos entonces expuestos, concluye que es viable la fusión entre una sociedad extranjera y una sociedad colombiana en virtud de la cual la primera absorba a la segunda, siempre que aquella establezca en el territorio nacional una sucursal que no solo continúe desarrollando el objeto social de la nacional, sino que además asuma sus obligaciones. (subraya fuera del texto)

En cuanto al régimen legal aplicable para ese efecto el Despacho manifestó que “...en atención a los postulados insertos en los artículos 18, 20 y 21 del Código Civil y en los Tratados Internacionales de Derecho Civil y Comercial firmados en Montevideo en 1.889, aprobados por la Ley 33 de 1992, en términos generales, resulta claro que: la existencia y capacidad de las personas jurídicas, la forma y las relaciones del contrato social y, por ende las reformas al mismo, se sujetarán a la ley vigente del lugar donde hayan sido reconocidos como tales o tengan sus domicilios comerciales.

Siendo ello así y como quiera que la fusión constituye no sólo una reforma al contrato social, según lo preceptúa el artículo 162 del Código de Comercio, sino que también implica la terminación de la existencia de la persona jurídica absorbida (artículo 172 ídem), deberán observarse de preferencia e indefectiblemente, en toda su extensión, las normas consagradas en nuestra legislación mercantil sobre la materia, habida cuenta que el domicilio de la absorbida se encuentra ubicado en Colombia, sin perjuicio que la sociedad extranjera haya de cumplir, además con las reglas correspondientes del país de su domicilio comercial, en lo que sea pertinente.”

Del análisis, grosso modo se estableció que para llevar a cabo la fusión, es necesario que los entes participantes cumplan a cabalidad en Colombia todos y cada uno de los requerimientos previstos en los artículos 172 y siguientes y 471 y siguientes en lo que a la

sucursal de la sociedad extranjera se refiere, en el entendido que la operación responde al carácter que la legislación nacional le imprime. “

(...)

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

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

En lo que corresponde al **segundo punto**, cabe observar que a la luz del artículo 100 del Código de Comercio, modificado por el inciso 2° del artículo 1° de la ley 222 de 1995, “...cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas para todos los efectos, a la legislación mercantil”

Previa la consideración que antecede y teniendo en cuenta que la figura de la fusión es de carácter mercantil, cualquier operación de fusión que involucre una sociedad aún de naturaleza civil, debe realizarse de acuerdo con el artículo 172 del Código de Comercio, del que se desprende que la fusión puede efectuarse mediante la absorción de una sociedad por otra que existe o por otra que se crea, en ambos casos, la sociedad absorbida se disuelve sin liquidarse. El procedimiento es el contenido en los artículos 173 y siguientes de la misma codificación.

Por su parte, el mismo capítulo VI del libro segundo, consagra la figura de la fusión impropia en el artículo, tema respecto del cual esta Superintendencia también se ha pronunciado, por lo que le sugiero revisar el oficio 220-034934 Del 25 de Mayo de 2012, en la página de esta Superintendencia en la siguiente dirección: www.supersociedades.gov.co

Ahora bien, la Ley 1258 de 2008, por la cual se crean las sociedades por acciones simplificadas, también creó una modalidad de fusión que denominó abreviada, cuya condición además del cumplimiento de las formalidades allí establecidas en el artículo 33

de la citada ley, es que la de tener más del 90% del capital por parte de una sociedad, en una SAS. El texto de la norma es el siguiente:

ARTÍCULO 33. FUSIÓN ABREVIADA. En aquellos casos en que una sociedad detente más del noventa (90%) de las acciones de una sociedad por acciones simplificada, aquella podrá absorber a esta, mediante determinación adoptada por los representantes legales o por las juntas directivas de las sociedades participantes en el proceso de fusión.

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

El texto del acuerdo de fusión abreviada tendrá que ser publicado en un diario de amplia circulación según lo establece la Ley 222 de 1995, dentro de ese mismo término habrá lugar a la oposición por parte de terceros interesados quienes podrán exigir garantías necesarias y/o suficientes.

El **tercer interrogante**, fue resuelto por el legislador mercantil, quien en el artículo 403 del Código de Comercio, previó que las acciones en la sociedad anónima son libremente negociables, con las excepciones previstas en la misma disposición.

En los anteriores términos se han atendido sus inquietudes, no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo.