SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

OFICIO 220-202297 DEL 04 DE DICIEMBRE DE 2018

REF: NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO POR EL CUAL SE AUTORIZAN REFORMAS DE FUSIÓN.

Me refiero a sus comunicaciones radicadas con los números 2018-01-462294 y 2018-01-462291, mediante las cuales expone algunas consideraciones en torno a los requisitos que establece la Circular Básica Jurídica expedida por esta Superintendencia sobre el particular, formula las siguientes preguntas:

"1. Con base en lo dispuesto en la Circular Básica Jurídica, cuál sería la consecuencia legal que se derivaría de los siguientes escenarios, todos en el marco de una fusión por absorción:

a. Una vez obtenida la autorización por parte de su Despacho, no se perfecciona la reforma estatutaria de fusión dentro de los treinta días hábiles establecidos en la Circular, sino que se perfecciona con posterioridad a dicho término.

b. Una vez obtenida la autorización por parte de su Despacho, no se perfecciona la reforma estatutaria de fusión en ningún tiempo.

c. Tratándose de una sociedad que requiere además de la autorización de su Despacho la autorización de otra entidad del Estado, ¿Qué ocurre si se obtiene la autorización de su Despacho y la autorización de la otra entidad del Estado con posterioridad a los 30 días hábiles para informar a su Despacho de la solemnización de la fusión, situación que hace que el perfeccionamiento de la fusión para las sociedades objeto de la misma se deba solemnizar con posterioridad al plazo antes indicado?

d. Tratándose de una sociedad que requiere además de la autorización de su Despacho la autorización de otra entidad del Estado, ¿Qué ocurre si se obtiene la autorización de su Despacho más no la autorización de la otra entidad del Estado, situación que hace imposible el perfeccionamiento de la fusión para las sociedades objeto de la misma?

2. En relación con los anteriores escenarios, me permito plantearle, sin perjuicio de la respuesta que brinde su Despacho, los siguientes interrogantes específicos:

a. ¿En caso que se quiera solemnizar la fusión con posterioridad al plazo de 30 días hábiles establecido por la Circular, se hace necesario solicitar nuevamente la autorización de su despacho para la reforma estatutaria de fusión?

b. ¿En caso que se quiera solemnizar la fusión con posterioridad al plazo de 30 días hábiles establecido por la Circular, existe alguna forma o procedimiento para "reactivar" la autorización brindada por su Despacho?

c. ¿Se podría llegar a sancionar a las empresas que solicitaron la autorización para la reforma estatutaria de fusión, si vencido el plazo no se ha informado a la Superintendencia de Sociedades de la solemnización de la fusión?

d. ¿Podría haber responsabilidad de los administradores de las sociedades objeto de fusión, si vencido el plazo no se ha informado a la Superintendencia de Sociedades de la solemnización de la fusión?

e. ¿Existe algún término de sanción en virtud del cual las sociedades objeto de fusión no podrán solicitar una nueva autorización para una reforma estatutaria de fusión, si vencido el plazo no se ha informado a la Superintendencia de Sociedades de la solemnización de la fusión?

Al respecto me permito precisar que el derecho de petición en la modalidad de consulta, tiene por objeto conocer una opinión de la Superintendencia sobre las materias a su cargo, que no está dirigida a resolver inquietudes sobre situaciones concretas, y en esa medida emite un concepto u opinión de carácter general en los términos de los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo, que como tal no es vinculante ni compromete la responsabilidad de la Entidad.

De ahí que la finalidad de sus respuestas en esta instancia no es prestar asesoría a los particulares o sus apoderados en la solución de asuntos administrativos, o contractuales, ni ser dirige a determinar o anticipar consecuencias jurídicas derivadas de actos, o en su caso omisiones en que incurra una sociedad determinada con ocasión de trámites que se adelanten ante esta Entidad, lo que le impide pronunciarse, máxime tratándose de asuntos que ésta haya de conocer en

ejercicio de las facultades administrativas, en relación con los cuales deba pronunciarse mediante actos de carácter particular y concreto por conducto de la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control, en oportunidad y con sujeción a las reglas exigen las actuaciones administrativas.

Sin perjuicio de lo anterior, con fines meramente ilustrativos procede efectuar las siguientes consideraciones jurídicas.

Así, en cuanto a la naturaleza del acto administrativo por el cual se expide la autorización legal para solemnizar las reformas relacionadas con fusiones y escisiones, en los términos del Capítulo Vl de la Circular Básica Jurídica, 100-000005 del 22 de noviembre de 2017, es pertinente remitirse a las normas que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece, así:

Artículo 43: Actos definitivos. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación**".**

Artículo 87. *Firmeza de los actos administrativos.* Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.

5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.

Artículo 88. *Presunción de legalidad del acto administrativo.* Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no

podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

Artículo 89. ***Carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades.*** Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional.

Artículo 91. ***Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo.*** Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.

4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.

5. Cuando pierdan vigencia.

De las citadas sería dable inferir que acto administrativo por el cual se autoriza una fusión de sociedades, constituye un acto administrativo que goza de presunción de legalidad, es un acto reglado de carácter particular y definitivo, por el cual la administración expresa su voluntad de proferir la correspondiente autorización, previa la verificación del cumplimiento de una serie de exigencias de orden legal.

Bajo este punto de vista cabria considerar que las exigencias , como son por ejemplo el plazo para solemnizar las reformas, no son un capricho, sino que responden a la necesidad de verificar si las condiciones jurídicas y económicas existentes al tiempo de proferir la respectiva autorización, corresponden a las que se encuentran protocolizadas en la escritura pública respectiva.

Lo anterior, como un desarrollo de las funciones de vigilancia atribuidas a esta Superintendencia, encaminadas en este caso, a garantizar que las condiciones que se tuvieron en cuenta para autorizar la reforma, sean las mismas que aparecen protocolizadas en la escritura, toda vez que una vez formalizado el acuerdo, la sociedad absorbente adquiere lo bienes y derechos de las sociedades absorbidas y se hace cargo de pagar su pasivo interno y externo; lo que implica para esta entidad la obligación de realizar un examen minucioso que le permita confirmar tal circunstancia, con el fin de evitar que las partes involucradas en la operación incluidos los terceros acreedores, pudieren verse afectados por cambios en las condiciones de la operación proyectada, versus la operación ejecutada.

Y es que debe tenerse en cuenta además, que la reforma comporta hechos jurídicos y económicos esencialmente cambiantes, que justifican las exigencias legales cuya verificación compete a la Entidad.

En tal virtud, si obtenida la autorización por parte de este Despacho no se perfeccione la reforma estatutaria de fusión dentro de los treinta días hábiles establecidos en la circular, bien podría presentarse a juicio de esta oficina, el decaimiento del acto administrativo, que aunque se presume legal y es válido, implica que los fundamentos de hecho que dieron origen a la autorización de la operación, podrían no ser los mismos, razón por la cual, cuando cumplido este plazo, no se hubiere perfeccionado la fusión, se entiende que el acto administrativo perdió su vigencia.

Así frente a cada situación particular, se habrán de evaluar las circunstancias dentro de las cuales se ha surtido la respectiva actuación y el Despacho mediante acto administrativo de carácter vinculante, determinará las consecuencias y las medidas que se hayan de adoptar.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, en el plazo y con los alcances previstos en Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.