

OFICIO 220-270867 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2017

REF.: Qué sucede con los contratos celebrados con terceros, por una sociedad que es absorbida, en virtud de una fusión.

Aviso recibo de su escrito radicado bajo el número 2017-01-535790, a través del cual formula una consulta sobre el tema de la referencia; que plantea los siguientes interrogantes:

i) si los contratos de fabricación celebrados con terceras personas por una sociedad que va a ser absorbida deben ser cedidos a la sociedad absorbente, en este caso i) qué clase de trámite se debe realizar con los terceros, iii) si se debe notificar la fusión y también la cesión.

Para el efecto aclara que en los contratos de fabricación se estipuló que no pueden ser cedidos por ninguna de las partes sin la autorización de la otra. Por último pregunta qué sucede si alguna de las partes se opone a la cesión, y si esta negativa podría constituir causa de terminación del contrato.

En primer lugar es oportuno señalar que de acuerdo con lo establecido por el artículo 172 del Código de Comercio, habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva. Así mismo, de conformidad con el inciso segundo de la norma citada, la sociedad absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión. Lo anterior es reiterado por el artículo 178 ibídem, el cual prevé que en virtud del acuerdo de fusión, una vez formalizado, la sociedad absorbente adquiere los bienes y derechos de las sociedades absorbidas y se hace cargo de pagar el pasivo interno y externo de las mismas.

Ahora bien, a la luz del marco normativo anterior, esta Superintendencia de tiempo atrás ha analizado la figura de la fusión, y particularmente los efectos que se generan sobre las relaciones de las sociedades involucradas para con terceros, tema que ha dado lugar a diversos pronunciamientos, entre ellos el Oficio 220-10481 del 27 de marzo de 2001, donde se expresó que, como consecuencia directa del enunciado previsto en el inciso segundo del citado artículo 172, ‘...las obligaciones de las sociedades absorbidas, con sus correspondientes garantías, subsistan solamente respecto de la sociedad absorbente (inciso segundo del Artículo 175 C.Co.).’

En otros apartes manifestó lo siguiente:

‘Y debe entenderse perfeccionada la fusión cuando la escritura pública que contiene el acuerdo y en la que se formalizan los documentos previstos en el

artículo 177 ídem, se inscribe en el registro mercantil del domicilio de las sociedades, ya que por ser una reforma estatutaria debe cumplir con tal exigencia para que tenga efectos ante terceros (artículo 158 C.Co.)’

(...)

‘Así que la escritura de formalización del acuerdo de fusión se erige en justo título para adquirir derechos y recibir obligaciones, efecto que opera por ministerio de la ley, en los términos de los artículos ya citados’

(...)

‘Por lo tanto, es criterio de este Despacho que la fusión no es una compraventa, una novación o una subrogación pues, al igual que estos negocios, tiene entidad propia y consagración legal particular; que lo erige en título para adquirir el dominio de los bienes, sin que pueda señalarse de él un carácter accesorio de otro contrato de los previstos en la ley; debido a que la legislación le ha definido de manera general, le ha establecido los requisitos de observancia rigurosa para su validez, le ha previsto formalidades propias para garantizar el cumplimiento con las obligaciones frente a los terceros, le ha consagrado supuestos de representación legal y le ha señalado los efectos.’

(...)

Desde luego, en el caso de los inmuebles el título de tradición no es la compraventa o la dación en pago o una sentencia judicial, sino que el título que es causa de tradición de la propiedad es la fusión; así mismo, la causa de que ahora sea otra sociedad la que responda por obligaciones contraídas por una diferente, no es la novación o la subrogación, sino la fusión, pues adjudicar el efecto a distintos negocios jurídicos es tanto como desconocer la existencia de la fusión.

Así las cosas, en la fusión se da un cambio de titular, proceso por el cual puede afirmarse que existe una cesión de todas las relaciones jurídicas de la sociedad absorbida a la absorbente.

Pero tal cesión, no es la que establece el artículo 888 del Código de Comercio, sino la que se entiende en su tenor gramatical, es decir, la transmisión que opera de un sujeto a otro. Lo que ocurre es que en este caso dicha transferencia se da como consecuencia de la fusión sin que requiera reunir requisitos adicionales previstos en la ley para otro tipo de actos jurídicos.’

A ese propósito ilustra la doctrina del tratadista José Gabino Pinzón, en su libro Sociedades Comerciales, Volumen I, Editorial Temis, citado en el Oficio 220-062689 del 12 de diciembre de 2012: ‘...Esta idea de la sucesión in universum ius

- que ha sido ampliamente acogida entre los expositores del derecho comercial - sintetiza y explica, en forma relativamente clara, el principal efecto de la fusión, ya que la sociedad que subsiste o la que se forma, como único empresario de las distintas empresas fusionadas, se hace titular del patrimonio de cada una de las sociedades que se extinguen y, al mismo tiempo que recibe los activos, asume obligaciones sociales, dada la unidad jurídica de unos y otros en todo patrimonio, separado o autónomo.

Pero esta idea no puede tener el sentido puramente pasivo de una sucesión en el patrimonio de cada una de las sociedades disueltas, sino que tiene especialmente el sentido dinámico y funcional de continuidad de la empresa o actividad de cada una de dichas sociedades. Porque la sucesión de que se habla no constituye el fin perseguido directamente con el acuerdo de fusión, puesto que la concentración de los patrimonios se produce precisamente como consecuencia de la concentración de las empresas a que ellos se encuentran vinculados.

De manera que no se trata de una simple sustitución de acreedores o de deudores, regida mecánicamente por las reglas de la subrogación o de la novación, ni se trata apenas de que la sociedad que subsiste o la que se constituye se haga cargo del activo y del pasivo de las compañías que se extinguen, para que asuma la posición y las responsabilidades de un liquidador. Lo que se persigue es que las empresas fusionadas continúen desarrollándose normalmente por la sociedad que, como único empresario, sustituye a las sociedades o empresarios anteriores, para que se produzca una verdadera sustitución de empresarios, esto es, para que la sociedad absorbente o la nueva ocupe jurídicamente la posición de la que desaparece y la suceda en todas las relaciones jurídicas creadas con ocasión del desarrollo de las empresas fusionadas"

De todo lo expuesto anteriormente, se establece claramente que los efectos propios de la fusión comprenden, por sí mismos, el traspaso de los bienes y derechos de la sociedad absorbida a la compañía absorbente o a la nueva sociedad. Así mismo, que para ese fin sólo es necesario cumplir con las formalidades propias de la fusión, así como con las solemnidades de cada acto o contrato, v.gr. el traspaso de bienes inmuebles que requiere ser elevado a escritura pública y registrado en la oficina de registro de instrumentos públicos respectiva, para cuyo efecto será suficiente la misma escritura de fusión. Por último, que no es posible sustraerse a tales consecuencias, puesto que estas se generan por el solo ministerio de la ley.

Así lo reitera este Despacho en Oficio 220-062689 del 12 de diciembre de 2012, ya mencionado, mediante el cual al su oportunidad manifestó: '...En efecto, un

empresario sustituye a otro, pero la empresa encaminada al desarrollo de una actividad comercial permanece. El empresario que originalmente contrató se extingue pero la actividad con todos sus bienes en conjunto persisten y siguen actuando en la sociedad nueva creada o la absorbente. De allí que la ley le haya deferido los derechos y obligaciones de la empresa que consolida, siendo esta la principal finalidad de la fusión como regulación autónoma.

Al producirse el cambio de titular de un inmueble, no operó una compraventa; la notificación del acreedor no se surtió por subrogación; ni existe la cesión de los contratos de arrendamiento; ni se trata de la sustitución de una parte por otro tercero, diferente de uno de los extremos contrato original, en los contratos intuitu personae.

La transmisión de todos los derechos, obligaciones y relaciones jurídicas opera por la fusión y los efectos son determinados por la ley en los acreedores que no se opusieron oportunamente a la reforma.'

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los efectos descritos en el artículo 28 del C.C.A. no sin antes señalar que en la P. Web puede consultar entre otros la normatividad, los conceptos que la Entidad emite, como la Circular Básica Jurídica.