

OFICIO 220-012757 DEL 02 DE FEBRERO DE 2018

ASUNTO: FORMALIZACIÓN DEL ACUERDO DE FUSIÓN SOCIEDADES SAS Y LTDA.

Aviso recibo de la comunicación radicada bajo el No. 2017-01-638333, mediante la cual formula una consulta sobre el tema de la referencia, la que plantea de manera puntual los siguientes interrogantes:

Sobre la base de que pretende efectuarse la fusión de una sociedad por acciones simplificada y una sociedad de responsabilidad limitada, la primera como absorbente y la segunda como absorbida, operación en la que no hay bienes sujetos a registro, se pregunta:

“1.- Si es necesario o no elevar a escritura pública el acta de la junta de socios de la sociedad Ltda, mediante la cual se aprueba el compromiso de fusión de las compañías.

2.- Es necesario elevar en una (1) escritura pública tanto el acta de la junta de socios que apruebe la fusión respecto de la sociedad limitada (sociedad absorbida), como el acta de la asamblea general de accionistas que aprueba la misma operación respecto de sociedad por acciones simplificada (sociedad absorbente), teniendo en cuenta que ninguna de las dos sociedades es titular de bienes muebles o inmuebles.

3.- En este orden de ideas, les agradezco me confirmen en detalle, si el documento para radicar en la Cámara de Comercio para efectos de registrar el proceso de fusión entre las compañías es una (1) escritura pública que contiene las decisiones de los dos órganos sociales (Junta de Socios y Asamblea General de Accionistas) o si por el contrario sólo se debe presentar el documento privado de la SAS, sociedad absorbente que aprueba la fusión”.

Al respecto se debe advertir que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia con fundamento en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, mas no en relación con una sociedad o situación en particular, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Bajo esa premisa, se ha de tener en cuenta que la fusión constituye una reforma estatutaria, regulada en los artículos 172 y siguientes del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 11 y 12 de la Ley 222 del 20 de diciembre de 1995, disposiciones que relacionan los requisitos y formalidades que comporta el

proceso, y según las cuales, “las juntas de socios o las asambleas aprobarán, con el quórum previsto en sus estatutos para la fusión o, en su defecto, para la disolución anticipada, el compromiso respectivo”; una vez aprobado el compromiso de fusión, publicado el aviso respectivo, remitida la comunicación a los acreedores sociales, vencido el término para la solicitud de garantías por parte de los acreedores u otorgadas las garantías exigidas, “podrá formalizarse el acuerdo de fusión” mediante el otorgamiento de escritura pública en la que se insertarán los documentos enlistados.

Por su parte, para el caso de las Sociedades por Acciones Simplificadas SAS, se observa que el artículo 30 de la ley 1258 de 2008 que creó este nuevo tipo societario, indica de manera expresa, que sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en dicha ley, se hacen extensivas a estas sociedades las normas sobre fusión y escisión que establece el Código de Comercio, así como las normas que regulan el derecho de retiro en los términos previstos en la Ley 222 de 1.995.

A la vez, como reglas especiales, la citada ley contempla dos nuevas medidas que permiten hacer más flexibles estos procesos; de una parte, la posibilidad de que los accionistas de la SAS reciban como única contraprestación por el patrimonio o las porciones de éste que se incorporen a la sociedad absorbente o a la sociedad beneficiaria, según se trate de una fusión o una escisión, dinero en efectivo, acciones, cuotas sociales o títulos de participación en cualquier sociedad o en fin, cualquier otro activo, en las condiciones que el parágrafo del artículo 30 indica y de la otra, lo atinente a un régimen simplificado para la fusión, en los casos en que la sociedad absorbente detente más del 90% de las acciones de la SAS, en cuyo evento bastará que la operación sea aprobada por los representantes legales o las juntas directivas de las sociedades participantes, es decir, prescindiendo de la aprobación del máximo órgano social, e igualmente con la advertencia expresa de que el acuerdo de fusión, podrá realizarse por documento privado, salvo que dentro de los activos figuren bienes cuya enajenación requiera escritura pública (artículo 33 ibídem).

En este orden de ideas es claro que las normas mercantiles de carácter general sobre fusión y escisión antes relacionadas, resultan aplicables tanto a las sociedades tradicionales reguladas por el Código de Comercio, como a las sociedades por acciones simplificadas regidas por la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008, considerando que esta última, salvo las reglas especiales invocadas, no se ocupa de ese asunto.

Lo anterior en concepto de este Despacho significa, que para perfeccionar la fusión entre una sociedad de responsabilidad limitada y una sociedad por acciones

simplificada, se requiere el otorgamiento de una sola escritura pública contentiva del respectivo acuerdo, así como los demás documentos previstos en el artículo 177 del Código de Comercio, entre los que se enlistan las actas en las que conste la aprobación de la reforma estatutaria por parte de los órganos competentes de cada una de las sociedades involucradas en la misma (numeral 3); atendiendo además que este documento público debe inscribirse en el registro mercantil del domicilio de las mismas para efectos de publicidad¹.

Sobre el otorgamiento de la escritura pública para formalizar una operación de fusión como la descrita, es preciso observar que si bien esta formalidad no se exige en tratándose en general de las reformas estatutarias de la sociedad por acciones simplificada², sí lo es en todo caso, para cualquier modificación de una sociedad de responsabilidad limitada, incluida obviamente la fusión en que participe como absorbente o como absorbida, lo que implica que deba satisfacerse tal requisito para que el mencionado acto tenga efectos jurídicos, respecto de terceros³, independientemente de que haya o no involucrados, bienes sujetos a registro.

Acerca de la formalización del acuerdo de fusión, ilustra el concepto emitido mediante el Oficio 220-74297 del 6 de diciembre de 2000, donde esta Entidad manifestó:

“Sobre el particular vale precisar, que de acuerdo con el artículo 172 del Código de Comercio la fusión implica una reforma estatutaria, para la cual, conforme al artículo 173 ibidem le corresponde al máximo órgano social (junta de socios o asamblea), aprobar el respectivo compromiso de fusión con el quórum previsto en los estatutos.

Igual, el artículo 178 de la misma codificación, dispone 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. Formalizar quiere decir, que el acuerdo de fusión debe elevarse a escritura pública, instrumento en el que han de insertarse los documentos a que alude el artículo 177 del Código de Comercio.

Como se puede observar, para que la sociedad absorbente adquiera los derechos y las obligaciones de las absorbidas, es requisito sine qua non, que el acuerdo se formalice, esto es, que se proceda de conformidad con lo previsto en el artículo 158 del

1 Artículo 158 del Código de Comercio.

2 Artículos 5 y 6 de la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008.

3 Ibídem.

Código de Comercio, según el cual ‘Toda reforma del contrato de sociedad comercial deberá reducirse a escritura pública que se registrará como se dispone para la escritura de constitución de la sociedad, en la cámara correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma.

Sin los requisitos anteriores la reforma no producirá efecto alguno respecto de terceros...’.

(...)

En ese orden de ideas se precisa, que la adquisición por parte de la sociedad absorbente, respecto de las absorbidas se consolida al momento de elevarse a escritura pública el compromiso de fusión, siendo oponible a terceros a partir de su inscripción en el registro mercantil en razón a su función publicitaria”.

Consecuente con lo expuesto, se tiene entonces que en cuanto hace a las formalidades y requisitos que comportan la fusión y la escisión, las SAS habrán de estarse en lo pertinente a las directrices señaladas en el Capítulo VI de la Circular Básica Jurídica de 2017.

Por ultimo no está demás observar que la fusión de microempresas de cualquier tipo societario constituidas a partir de la vigencia de la Ley 1014 del 26 de enero de 2006 “de fomento a la cultura del emprendimiento”, salvo estipulación estatutaria en contrario, no requiere la formalidad de escritura pública, pues las mismas “se sujetarán a las mismas formalidades previstas en la Ley 222 de 1995 para las empresas unipersonales”⁴ y “podrán ser realizadas a través de documento privado que se inscribirá en la cámara de comercio del domicilio social”⁵.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes observar que para mayor ilustración puede consultar en la página WEB la normatividad, los conceptos que la Entidad emite y la Circular Básica Jurídica, entre otros.

4 Artículo 22.

5 Artículo 2 del Decreto 4463 del 15 de diciembre de 2006.