

220-10481

Asunto: La fusión es un negocio jurídico diferente a la cesión que implica la transmisión universal de derechos y obligaciones

Con toda atención se refiere el Despacho a la consulta radicada con el número 490.897-0, en la cual se pregunta si la fusión por absorción constituye una eventual cesión del contrato.

Consulta que tiene como escenario la eventual fusión entre EPM Televisión Limitada y Empresas Públicas de Medellín E.S.P. S.A., donde la primera será la sociedad absorbida, la cual además es concesionaria del servicio de televisión.

Sea lo primero señalar que el problema planteado gira alrededor de si la fusión implica una transmisión patrimonial universal, y por tal razón basta su perfeccionamiento para que este negocio jurídico permita radicar los derechos y las obligaciones, en cabeza de la sociedad absorbente; o si por el contrario, "la transmisión se opera por los títulos y modos que establece la ley para cada clase de bienes que integran el patrimonio (inmuebles, muebles, créditos, derechos, obligaciones, etc)

Este estudio ha de ser abordado desde la estructura jurídica a que responde la fusión y en particular de los efectos que un proceso de tal naturaleza acarrea en las sociedades involucradas respecto de los contratos celebrados con terceros. Criterio que será expresado a la luz de la normatividad colombiana vigente.

A . NATURALEZA JURIDICA DE LA FUSIÓN

- Es una Reforma Estatutaria

El artículo 162 del ordenamiento mercantil establece que la fusión es una reforma estatutaria y desde esta perspectiva habrá de analizarse su consideración.

Esta característica responde a las peculiaridades de un proceso que se sucede simultáneamente en varias personas jurídicas al incidir directamente en diferentes estatutos sociales. En las que se disuelven porque conlleva una modificación sustancial del contrato al llevar a las sociedades involucradas a su disolución y a la consecuente extinción de la persona jurídica, sin que el conjunto de bienes dedicados a la actividad empresarial se liquide, y en la que absorbe, porque en su estructura 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.

Se trata entonces de un negocio jurídico que se adelanta simultáneamente por varios sujetos y cuyo perfeccionamiento producirá diferentes efectos jurídicos previstos en la ley que regula su estructura.

- Tiene naturaleza contractual corporativa

Se trata de un acto interno llamado a consolidarse a través del perfeccionamiento de la fusión y que trasciende la esfera misma del contrato social, como consecuencia del contrato celebrado entre dos o más personas jurídicas de carácter societario con la finalidad de consolidar su patrimonio sea a través de la creación de una nueva sociedad o por la absorción que una sociedad hace de la otra u otras.

B .EFECTOS DE LA FUSIÓN

Entre las diferentes implicaciones de un proceso de tal naturaleza pueden enumerarse: la modificación al contrato social; la disolución de las sociedades sin implicar la inmediata liquidación de su patrimonio social; la extinción de entes jurídicos y la transmisión patrimonial, consecuencia esta última de la cual se va a ocupar este punto del estudio.

Como enunciado debe decirse que la sociedad absorbente o la nueva compañía adquiere los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión (Inciso segundo del artículo 172 C.Co), que trae como consecuencia directa que las obligaciones de las sociedades absorbidas, con sus correspondientes garantías subsistan solamente respecto de la sociedad absorbente (inciso segundo del Artículo 175 c.co).

Preceptos que se confirman de manera expresa en el artículo 178 ibídem, que señala que es en virtud del perfeccionamiento del acuerdo de fusión, que 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.

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.

Ahora bien, como es un título traslativo de dominio, debe ajustarse a los requisitos establecidos por el modo de adquirir, así que siempre que se trate de un bien sujeto a registro, la fusión sólo dará o transferirá la posesión efectiva cuando se verifique este procedimiento. De allí que el artículo 178 ya mencionado, establezca que la tradición de los bienes inmuebles se hará por la misma escritura de fusión o por escritura separada si así lo acuerdan las partes, registrada conforme lo indique la ley; y la de los muebles se hará por inventario que habrá que adecuarse a las formalidades propias para que tengan efectos ante terceros, como la inscripción en el respectivo libro de accionistas.

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 señalado los efectos.

Por lo tanto al operarse la transmisión patrimonial como consecuencia de la fusión, la sociedad absorbente adquiere la totalidad de derechos y obligaciones de la sociedad absorbida, es su única causa jurídica, es su justo título.

"Afirmamos que la fusión supone una transmisión in universum ius del patrimonio de todas las sociedades fusionadas a favor de la nueva sociedad o de la absorbente. Al *transmitir en bloque* su patrimonio las sociedades transmitentes se extinguen, y al extinguirse se opera una sucesión universal a favor de la absorbente o de la nueva. Los nexos obligacionales, los derechos reales, los derechos sobre bienes inmateriales, etc., se transmiten subsumidos en ese bloque patrimonial que constituye una unidad jurídica. Pero esa unidad de derecho continúa siendo idéntica a sí misma, inalterada; únicamente ha cambiado su titular jurídico. El poder de disposición ha pasado de una sociedad a otra, eso es todo. No hay, por consiguiente, transmisión de singularidades que integran el patrimonio: enajenación o permuta de bienes muebles, inmuebles, cesión de créditos, asunción de deudas, etc.; como tampoco cabe hablar de una verdadera novación subjetiva por cambio de deudor, a menos que descompongamos la transmisión en bloque en otras de todos y cada uno de sus elementos patrimoniales. Las consecuencias jurídicas que traen su causa de esta concepción son tantas y de tal gravedad que conviene parar un momento la atención a fin de reflexionar las razones que motivan esta sucesión patrimonial a título universal que se da en la fusión."

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 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.

C. FACULTADES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN FRENTE A LA FUSIÓN DE UNA SOCIEDAD CONCESIONARIA DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN

No obstante lo expuesto, es claro para la entidad que siempre que se trate de una fusión donde intervenga una sociedad concesionaria del servicio de televisión, la Ley 182 de 1995 ha establecido un requisito adicional a los previstos en el ordenamiento mercantil para el perfeccionamiento de esta reforma estatutaria.

En efecto el artículo 57 de la ley citada exige una autorización favorable por parte de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión cuando quiera que se pretenda un acto de enajenación total o parcial de una

empresa. Luego, al comportar la fusión por absorción, una transmisión universal de la totalidad de los bienes y obligaciones de una empresa a otra, estaríamos en el supuesto de hecho planteado por la ley que obligaría a agotar el requisito mencionado.

ARTÍCULO 57. DEL CONTROL SOBRE LA ENAJENACIÓN DE LA PROPIEDAD. Sin perjuicio del régimen al que están sometidas de manera general las sociedades, todo acto de enajenación total o parcial de la propiedad de empresas concesionarias de espacios de televisión del Instituto Nacional de Radio y Televisión o contratistas de las organizaciones regionales de televisión cuyas acciones no se negocien en una bolsa de valores, requiere, so pena de ineficacia, de la previa autorización de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión.

Respecto de la enajenación de la propiedad de las acciones que se negocien en bolsa, el propietario deberá informar sobre la misma a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, dentro de los cinco (5) días siguientes, siempre que la transacción comprenda la adquisición en forma global o sucesiva del cinco por ciento (5%) o más de las acciones. Será ineficaz toda enajenación de acciones de las sociedades abiertas, cuando se contravenga lo dispuesto en el presente Título y en las demás normas sobre la materia." (Subrayas fuera de contexto)

Finalmente, se reitera que si bien la fusión es título suficiente para la cesión de los contratos, esta operación por tener una regulación propia no requiere ajustarse al procedimiento previsto en los artículos 887 y siguientes del Código de Comercio.

En estas condiciones se da respuesta a la consulta formulad advirtiendo que la misma tiene el alcance señalado en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.