

220-30946 del 27 de junio de 2002

Asunto: Fusión de sociedad colombiana (absorbida) por sociedad extranjera

Con toda atención se refiere el Despacho a la consulta formulada mediante comunicación radicada con el número 2002-01-073954, relacionada con los requisitos establecidos para la fusión de una sociedad colombiana con una extranjera, que tiene sucursal incorporada en Colombia, donde ésta última será la absorbente.

En el marco propuesto es conveniente destacar los siguientes aspectos:

- La sociedad extranjera tiene incorporada en el país una sucursal.
- La sociedad colombiana es una sociedad vigilada por la Superintendencia de Sociedades
- Los asociados de la compañía colombiana tienen a su vez el mismo porcentaje de participación en la extranjera, referido éste al patrimonio y no al capital, de acuerdo con las normas vigentes sobre la materia en el país de domicilio de la sociedad extranjera.
- La sociedad extranjera únicamente desarrolla actividad a través de la sucursal establecida en Colombia.

Teniendo en cuenta estas consideraciones generales elabora diferentes preguntas, relacionadas todas ellas con el procedimiento a seguir para la reforma y su autorización, asunto que será abordado desde la perspectiva de cada una de las sociedades intervinientes, así como de la sucursal.

1. SOCIEDAD EXTRANJERA

Sobre el particular, tal como usted lo manifiesta esta Entidad se pronunció sobre la procedencia de la fusión entre una sociedad extranjera y una colombiana, donde la primera sería la absorbente, mediante oficio 220-16874 de agosto 30 de 1994, en la cual se indica la viabilidad de la reforma, y grosso modo, establece algunos requisitos para la realización de la integración de las compañías.

La extranjera, en particular, deberá allegar Entidad los siguientes documentos:

1. La Resolución o acto en que la sociedad extranjera haya acordado la fusión y consentido dicho compromiso,
2. El compromiso de fusión acreditará los requisitos y aclarará aquellos en los cuales la regulación propia del país de la extranjera les incorpore alguna variación;
3. Enviar estados financieros producidos por la compañía con un corte ajustado a la toma de la decisión de fusión, que deben ajustarse en esencia a las previsiones del Decreto 2649 de 1993 tales como la utilización de la unidad de medida (artículo 8), es decir, expresada en moneda funcional, entendida esta como el peso colombiano (artículo 50); y en idioma español .

Ahora bien, si el ente social no cuenta con revisor fiscal, entonces habrá de dar aplicación al artículo 37 de la Ley 222 de 1995, es decir presentarlos por contador público independiente que los hubiere examinado de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptados.

Téngase en cuenta que de conformidad con la Ley 33 de 1992, las sociedades extranjeras que pretendan realizar un acto comprendidos en el objeto de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intentan realizarlas. Por tratarse de un negocio, que implica en una sociedad colombiana, además de su reforma la extinción, que afectará los intereses de todos los acreedores de la compañía, es apenas obvio que todos los involucrados en

el proceso, incluidas las entidades de vigilancia y control que dan su autorización, tengan certeza de las condiciones económicas de la sociedad absorbente.

2. SUCURSAL DE LA SOCIEDAD EXTRANJERA

De conformidad con el artículo 497 del ordenamiento mercantil, las disposiciones aplicables para las sucursales que incorporen las sociedades extranjeras en el país son las reglas de las sociedades colombianas; de manera que sobre esta parte, en lo que concierne a la fusión, las normas propias previstas para las sociedades colombianas también le serán aplicables. En consecuencia, en la medida en que se ajuste a la naturaleza propia de este ente económico, deberá aportar los mismos documentos que la sociedad colombiana.

Desde luego, ella no tendrá que enviar acta del máximo órgano social, ni enviar los estados financieros aprobados por el máximo órgano social, ni habrá que dejar constancia en el compromiso de fusión del método de intercambio entre la sucursal y la nacional.

3. SOCIEDAD DOMICILIADA EN COLOMBIA

Los documentos son los establecidos en la Circular 07 de diciembre 2001, así:

()

2. DOCUMENTACIÓN BÁSICA PARA LAS SOLICITUDES DE FUSIÓN Y ESCISIÓN

Con el fin de adelantar el trámite relativo a la solemnización de la fusión o escisión, es necesario que a la solicitud, elevada por el representante legal o apoderado, se acompañen los documentos que se señalan más adelante, siempre y cuando los mismos no reposen ya en los archivos de la Superintendencia de Sociedades, circunstancia ésta que puede indicarse en el escrito de solicitud. Es de advertir que la superintendencia puede solicitar para su análisis y evaluación cualquier información adicional que considere pertinente para cada caso en particular, con el fin de garantizar la transparencia de la operación y la protección de los derechos de acreedores y socios minoritarios.

2.1 Certificado de existencia y representación legal de cada una de las sociedades participantes en el proceso, expedido por la Cámara de Comercio del domicilio social, en el que conste la vigencia de la inscripción en el registro mercantil de las personas que actúan como administradores y revisores fiscales de dichas sociedades al tiempo de presentación de la solicitud.

2.2 Poder debidamente otorgado, en el evento de actuarse por intermedio de apoderado.

2.3 Copia de la(s) escritura(s) pública(s) contentiva(s) de los estatutos vigentes de la sociedad

2.4 Copia completa del acta contentiva de lo sucedido en la reunión del máximo órgano social en la cual se haya adoptado la reforma respectiva, debidamente autorizada, con constancia de su aprobación.

El acta debe cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 189 y 431 del Código de Comercio. Es importante resaltar que en ella se deberá dejar constancia de los socios o accionistas que votaron en contra de la decisión, a efecto de verificar lo relacionado con el derecho de retiro. En caso de reuniones no presenciales u otros mecanismos para la toma de decisiones, deberá acompañarse la copia del acta con la prueba de la comunicación simultánea o sucesiva o el escrito en el cual los socios expresan el sentido de sus votos. Como parte integral del acta deberá incluirse el compromiso de fusión o el proyecto de escisión, según corresponda.

2.5. Cuando con ocasión de la reforma haya lugar a que los socios o accionistas hagan uso del derecho de retiro, de conformidad con los artículos 12 y siguientes de la Ley 222 de 1995, deberá

remitirse un listado de los socios ausentes en la reunión del órgano social en que se aprobó la reforma y una certificación suscrita por el representante legal en la que conste si el derecho se ejerció o no y, en caso afirmativo, el nombre de los socios o accionistas que lo ejercieron y las condiciones en que se efectuó o se proyecta efectuar la opción de compra o el reembolso de los aportes, según corresponda.

2.6. En el evento en que la sociedad tenga bonos en circulación, deberá acreditarse el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 75 del Decreto 1026 de 1990.

Es del caso advertir que siempre que se convoque a los tenedores de bonos a una reunión con el objeto de decidir acerca de fusiones, escisiones u operaciones que surtan efectos similares, la entidad emisora deberá elaborar un informe, con el propósito de ilustrar a la asamblea de tenedores en forma amplia y suficiente sobre el tema que se somete a su consideración y los efectos del mismo sobre sus intereses, incluyendo toda la información financiera, administrativa, legal y de cualquier otra naturaleza que sea necesaria para el efecto, cuya antigüedad no deberá exceder de tres meses con respecto a la fecha de realización de la asamblea. Dicho informe deberá complementarse con el concepto de la entidad que ejerza las funciones de representante legal de los tenedores de los bonos.

Cada uno de los informes citados deberá ser presentado a la asamblea de tenedores, según corresponda, por un funcionario de nivel directivo de la entidad que lo elaboró, quien deberá estar adecuadamente calificado con respecto al tema en cuestión.

2.7 Copia del aviso de convocatoria y una certificación suscrita por el representante legal y el revisor fiscal de la sociedad, en donde conste si el acuerdo de fusión o el proyecto de escisión se mantuvo a disposición de los asociados en las oficinas donde funciona la administración de la sociedad en su domicilio principal, por los menos con quince (15) días hábiles de antelación a la reunión.

2.8 Estados financieros básicos correspondientes a la fecha de corte establecida para la fusión o escisión, debidamente certificados, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 222 de 1995, de todas las sociedades que participan en el proceso, incluyendo las notas y el dictamen del revisor fiscal (artículo 38 ibidem). Al respecto se deben tener en cuenta las siguientes observaciones:

2.8.1 De conformidad con lo previsto en el artículo 29 del Decreto 2649 de 1993, la fecha de corte de los estados financieros preparados para decidir sobre la fusión o escisión, no puede ser anterior a un mes respecto a la fecha de convocatoria a la reunión del máximo órgano social respectivo.

2.8.2 Según lo dispuesto en el artículo 115, numeral 15, del Decreto 2649 de 1993, se deben revelar los hechos económicos realizados luego de la fecha de corte, que puedan afectar en forma material la situación financiera y las perspectivas del ente económico, tales como incumplimientos contractuales, emisiones de acciones o bonos, distribución de dividendos, eventos o cambios de circunstancias que alteren las bases utilizadas para estimar las contingencias, etc.

2.8.3 El dictamen del revisor fiscal es el documento formal que suscribe el contador público conforme a las normas de su profesión, relativo a la naturaleza, alcance y resultados del examen realizado. Según el Pronunciamiento No. 6 del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, en el dictamen el revisor fiscal debe declarar que los estados financieros presentan razonablemente, en todo aspecto significativo, la situación de la entidad, los resultados de las operaciones y los cambios en la situación financiera, de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados; dicha conclusión se puede expresar sólo cuando el revisor fiscal se ha formado una opinión, luego de haber efectuado una auditoría realizada íntegramente de conformidad con las normas aplicables.

El dictamen debe referirse como mínimo, en forma expresa y clara, a los siguientes temas:

- Identificación de los estados financieros objeto del dictamen
- Naturaleza y alcance de la auditoría, y
- Opinión, que puede ser limpia, con salvedades o adversa. Excepcionalmente, cuando existan limitaciones significativas o condiciones de incertidumbre importantes, el revisor fiscal puede denegar el dictamen o abstenerse de dar su opinión, motivando debidamente tal decisión.

2.8.4 Si ha transcurrido un lapso superior a tres meses entre la fecha de corte de los estados financieros utilizados para decidir sobre la fusión y la fecha en que se vaya a presentar la solicitud ante la Superintendencia de Sociedades, deberá entregarse una certificación del representante legal y el revisor fiscal de la(s) respectiva(s) sociedad(es) sobre la ocurrencia o no, entre la fecha de corte de los mencionados estados financieros y la presentación de la solicitud, de eventos que puedan afectar significativamente la situación de dicha(s) entidad(es).

2.9 Una certificación suscrita por el representante legal y el revisor fiscal de cada una de las sociedades que vayan a participar en el proceso de reorganización respectivo, en donde conste el medio utilizado en relación con cada acreedor para la comunicación del proyecto de fusión o escisión, en los términos del inciso 2º del artículo 5º de la Ley 222 de 1995.

2.10 Copia de los estudios técnicos elaborados para determinar el valor actual de los activos de las sociedades participantes en el proceso que se clasifiquen en los grupos de Propiedad, planta y equipo o de Intangibles, o resumen de los mismos en los cuales conste, por lo menos, su monto discriminado por unidades o grupos homogéneos y el método utilizado para la valuación, indicando por qué se considera el más apropiado en cada caso. A los citados documentos deberá anexarse la hoja de vida de la o las personas que realizaron el avalúo, precisando sus calidades y experiencia en relación con el tipo de avalúo practicado.

2.11 Copia completa de los estudios técnicos efectuados para la valoración de las acciones o cuotas sociales de cada compañía y para determinar la relación de intercambio, cuando sea del caso, los cuales deberán realizarse utilizando métodos de reconocido valor técnico, de acuerdo con los parámetros establecidos en el numeral 6 de la presente circular. A este documento deberá adjuntarse el archivo de cálculo correspondiente, en Excel, utilizando un *disquete* u otro medio magnético idóneo.

2.12 Hoja de vida de la o las personas que realicen los estudios técnicos a que se refiere el numeral 2.11 anterior, precisando sus calidades y experiencia en relación con la valoración de empresas.

2.13 Los otros documentos que se exigen para cada trámite específico, de conformidad con lo establecido en los numerales 3 y 4 de la presente circular.

(..) □

Los documentos mencionados son en general, los que se deben anexar, aunque no obsta para que del trámite en particular, puedan emerger otros requerimientos tendientes a obtener plena certeza de las condiciones jurídicas, contables y económicas de la operación, que serán solicitados por la entidad si a ello hubiere lugar.

Esta actuación se sujeta a las normas que regulan la actividad de las autoridades administrativas, en especial en las previstas en el Capítulo III, artículos 9 y siguientes del Código Contencioso Administrativo y el artículo 84 de la Ley 222 de 1995.

En efecto, afirma en su comunicación que la sociedad colombiana que se someterá a la reforma estatutaria, es una sociedad vigilada que por tal razón debe someter a la previa autorización de la

Superintendencia de Sociedades la reforma estatutaria señalada; la duración de este trámite dependerá del contenido de la petición, que en todo caso responderá a los principios de economía y celeridad que informan la actuación de la Entidad.

Finalmente, como punto especial de su consulta es el relacionado con la comunicación a los acreedores a través de correo electrónico, simplemente debe señalarse que de conformidad con la Ley 527 de 1999, el mensaje de datos a través de correo electrónico sirve de prueba y tiene la calidad de documento, que siempre que permita su posterior consulta, puede ser tenido como mecanismo idóneo para el aviso a los acreedores.