

**220-62689, diciembre 12 de 2002**

**Asunto: La fusión en un negocio distinto de la cesión**

Con toda atención se refiere el Despacho a las reflexiones elaboradas en los escritos radicados con los Nos. 2002-01-119094 y 2002-01-124417; en torno a los oficios 220-10481 de 2001 y 220-117228 de 2002, en los cuales se expuso ampliamente el criterio según el cual la fusión es un negocio jurídico sujeto a reglas propias que implican transmisión universal de derechos y obligaciones, que se sustrae de la aplicación de disposiciones de otras relaciones jurídicas.

Como preámbulo se considera pertinente citar la apreciación que sobre el particular, realizó el tratadista Gabino Pinzón:

"(...)

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"

"Esta sustitución de empresarios □ que lleva implícito la idea de una sucesión en esa universalidad jurídica del patrimonio social de las compañías disueltas □ es el fenómeno que ocurre en la vida de los negocios cuando se pacta y se realiza una de las llamadas "fusiones de sociedades". Y esa realidad objetiva es la que debe tenerse siempre en cuenta para analizar en sus proyecciones jurídicas esta clase de negocios, como ha tratado de hacerse □ aunque sin una concepción exacta y sin una formulación técnica adecuada en el derecho laboral, al regular la "sustitución de patrones". De manera que, como ya quedó indicado, no es una simple sustitución de empresarios, que no excluye estos fenómenos, pero que los subordina totalmente".<sup>(1)</sup>

— Ahora se ocupará el Despacho de lo que expone como argumentos de su consulta:

**2.1.** Efectivamente existen regulaciones contractuales y legales que sujetan los efectos de la fusión, en casos particulares, al agotamiento de requisitos adicionales, pero para ello debe existir la estipulación contractual o establecerlo de manera precisa la ley.

La fusión es una forma de consolidar empresas, sin que pueda decirse que la sustitución de empresarios implica la existencia de un tercero, y por esta causa, la de un cedente y un cesionario.

La sociedad nueva o la absorbente continúa con la empresa, y por ministerio de la ley, se sustituye en todas sus relaciones jurídicas, trátase de titular de derechos de dominio, trátase de ser deudor de prestaciones y desde luego de sustitución de un extremo contractual.

Dentro de los requisitos para agotar un procedimiento de esta naturaleza, se cuentan: el aviso a todos los acreedores, ya se trate de prestaciones de dar, hacer o no hacer; la publicación en un diario de amplia circulación, el detalle del capital y de su integración, entre otros.

Los efectos y el trámite establecido para su perfeccionamiento están previstos en la ley, y en su regulación habrá de buscarse las exigencias, y no en otras, aplicadas en atención a las consecuencias.

Cuando dos o más sociedades se fusionan, las empresas continúan, pues la que absorbe o la nueva creada sigue con las operaciones sociales sin solución de continuidad: "Esto porque se trata, no de una fusión o compenetración de empresarios, sino, de una fusión de empresas; con la consiguiente extinción de uno o más empresarios que son sustituidos por la sociedad que subsiste o por la que se forma entonces ".<sup>(2)</sup>

Los efectos de la comunicación de todos los derechos, obligaciones y relaciones jurídicas dicen relación con la empresa y no con el empresario que se extingue. Así las cosas no hay en estricto sentido una cesión a un tercero, pues la empresa continúa bajo el ropaje de otro empresario.

**2.2.** 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 efecto, de conformidad con el artículo 175 del Código de Comercio, los acreedores (trátese de obligaciones de dar, hacer o no hacer) deben oponerse ante juez para solicitar mejores garantías o su cancelación. Si no obran tal como lo prevee el artículo señalado: "Las obligaciones de las sociedades absorbidas, con sus correspondientes garantías, subsistirán solamente respecto de la sociedad absorbente", sin excepción alguna.

**2.3.** En la fusión efectivamente se presenta la sustitución de empresarios, pero la empresa continúa. A esto se refiere el señalamiento de una cesión  sustitución que opera previa a los requisitos establecidos en la ley; la fusión subordina la cesión desplazando sus requisitos.

Efecto que es coherente con la afirmación según la cual, la empresa permanece bajo el ropaje de un empresario diferente, razón por la cual la fusión es una reforma estatutaria que implica la disolución pero no la liquidación de la persona jurídica.

**2.4.** La interpretación de las cláusulas contractuales no corresponde a la Superintendencia sino a las partes y en caso de desacuerdo al juez o árbitro. En el marco de competencia de esta entidad, nuestro criterio se limita a afirmar la diferencia sustancial por su procedimiento entre la fusión y la cesión; así como, el predominio del primero sobre los requisitos del art. 887 del Código de Comercio.

**2.5.** Lo que puede hacer un acreedor como la comunidad firmante del contrato, está previsto en el artículo 175 del ordenamiento mercantil que resulta pertinente citar "Art. 175. - Dentro de los treinta días siguientes a la fecha de publicación del acuerdo de fusión, los acreedores de la sociedad absorbida podrán exigir garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos. La solicitud se tramitará por el procedimiento verbal prescrito en el Código de Procedimiento Civil. Si la solicitud fuere procedente, el juez suspenderá el acuerdo de fusión respecto de la sociedad deudora, hasta tanto se preste garantía suficiente o se cancelen los créditos. Vencido el término indicado en el artículo anterior sin que se pidan las garantías, u otorgadas éstas, en su caso, las obligaciones de las sociedades absorbidas, con sus correspondientes garantías, subsistirán solamente respecto de la sociedad absorbente".

**3.** Respecto a la tercera parte de su escrito, es pertinente hacer las siguientes consideraciones:

3.1.a. Si la sociedad fusionada era receptora de una prestación derivada de un contrato, entonces la absorbente o la nueva se sustituye en ese extremo contractual, sin que su contraparte se niegue a ello alegando que fue otra con la que contrató.

Si por el contrario, debe cumplir con una obligación de hacer, está compelido a ejecutar las prestaciones sin excusarse en que fue otra la que contrató. Esto por ministerio de la ley como efecto de la fusión, sin que sea permitido a las sociedades intervinientes sustraerse de ninguna obligación.

Es este el sentido del artículo 172 del C. Co. que indica que la sociedad absorbente o la nueva compañía adquiere los derechos y obligaciones de la sociedad disuelta al formalizarse el acuerdo de fusión; previsión que no se refiere sólo a títulos de propiedad, ya que abarca el conjunto de derechos y obligaciones, incluso los derivados del contrato con terceros, sin descontar los intuitu personae.

3.1.b. Desde luego, como ya se manifestó, si en una relación jurídico particular, existe previsión contractual o legal que exija la autorización del tercero para la transmisión del derecho obligación so pena de darla por terminada, la sociedad involucrada, de no hacerlo, puede resultar así sancionada.

Pero si sólo se habló de la prohibición de ceder el contrato pero no se hizo mención alguna a la fusión, entonces no es, a juicio de esta oficina, jurídico comunicar exigencias no previstas para esta reforma estatutaria y contemplada en escenarios diferentes, aunque eventualmente produzca los mismos efectos.

En materia de derecho de preferencia, para hacer alusión al ejemplo propuesto por el doctor Francisco Reyes V., si se establece que el derecho de preferencia debe ser observado cuando se produzca la fusión de alguna de las sociedades accionistas, entonces la transferencia de acciones deberá surtir el procedimiento que lo garantice. Pero si se incluye el derecho de preferencia sin mención alguna de la fusión, entonces el efecto de la fusión desplaza la posibilidad de opción para los consocios de la compañía.

Así las cosas, la consideración del Doctor Reyes afirma el criterio de esta entidad y no lo rebate.<sup>(3)</sup>

Es decir, si no existe prohibición o limitación relacionada con la fusión, los efectos se aplican con todos sus alcances en todas las relaciones jurídicas involucradas en la consolidación.

Valga anotar, que la inobservancia de algunos de los acuerdos contractuales o de las exigencias legales afectan el contrato en particular, pero no la reforma estatutaria de fusión, que en lo demás surte sus correspondientes efectos.

**3.2.a** La fusión es un negocio que responde a previsiones propias que implica sustitución de empresarios, y que desplaza la aplicación de las normas de cesión de contrato del artículo 887 del Código de Comercio.

**3.2.b** El legislador seguramente entendió la necesidad de establecer regulaciones especiales para las sociedades concesionarias de espacios de televisión cuando quiera que pretendiera su fusión, y ante la ausencia de regulación al respecto, expidió la Ley 680 de 2002 que modificó la Ley 182 de 1995 y que en su tenor literal señala:

#### **LEY 680 DE 2002**

**"ARTICULO 2.** A partir de la promulgación de la presente Ley, los concesionarios de espacios de los canales nacionales de operación pública, siempre y cuando éstos o sus socios no tengan participación accionaria en los canales privados, podrán fusionarse, conformar consorcios o crear nuevas personas jurídicas que podrán absorber las concesiones de sus socios, previa autorización de la Comisión Nacional de Televisión, siempre y cuando éstos estén al día en sus obligaciones con el ente respectivo.

**Parágrafo Primero:** En todo caso las empresas resultantes de las fusiones, consorcios o las nuevas empresas que prevé este artículo, estarán sometidas a las limitaciones y restricciones que a continuación se enuncian:

- a. Ningún concesionario directa o indirectamente podrá ser titular de más del 33% del total de horas dadas en concesión a un canal.
- b. Ninguna persona natural o jurídica, podrá hacer parte de manera directa o indirecta de más de una sociedad concesionaria y hacer parte de más de un canal.
- c. Ningún concesionario podrá tener más de un informativo noticiero diario.

**Parágrafo Segundo:** La autorización prevista en este artículo, para fusionarse, conformar consorcios o crear nuevas personas jurídicas, y su aplicación en ningún caso puede implicar que la operación, características y naturaleza propia de los contratos de concesión de espacios puedan homologarse o hacerse equivalentes a las de un canal de operación privada previstas en las leyes 182 de 1995 y 335 de 1996.

**Parágrafo Tercero:** En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento."

**3.2.c** Se insiste en que la fusión tiene una regulación propia que sustrae la aplicación de otra normatividad.

No es que exista derogación de las normas propias de la cesión o de la novación o de la subrogación, se trata del efecto causado por la fusión "Se trata de una transferencia subespecie universalitatis, que significa que no es necesario el cumplimiento de una multiplicidad de actos jurídicos individuales para que se produzca la transmisión integrada de los activos y pasivos de todas las sociedades fusionadas a la compañía fusionante (nueva o absorbente). La transferencia patrimonial opera, ipso jure, a título universal (in universum ius). Los distintos bienes, derechos y obligaciones de las fusionadas se transmiten uno actu. Lo anterior implica igualmente que se produce una novación subjetiva de la totalidad de las obligaciones en cabeza de las sociedades fusionadas aunque sin que se requiera la autorización previa de los respectivos acreedores, como ocurriría en un procedimiento normal de novación de obligaciones de acuerdo con el Código Civil".<sup>(4)</sup>

Valga en este momento además citar la nota número 32 de la obra del Dr. Reyes, que continúa ilustrándonos sobre el tema:

"32. Como es apenas obvio, la falta de esa autorización expresa de los acreedores, cuya justificación se encuentra en la necesidad de darle eficacia práctica a la figura, se suple por una serie de garantías concedidas en favor de los terceros, como se analizará más adelante (publicación en periódicos, derechos de oposición judicial, etc.). El profesor Gabino Pinzón afirma, tal vez con mayor precisión técnica, que la carencia de la autorización de los acreedores implica que en lugar de novación hay una transmisión de obligaciones: "...se ha establecido o consagrado un principio que es fundamental para que la fusión produzca la plenitud de tales efectos, como es la idea de que con ella se consuma una verdadera transmisión de las obligaciones de las sociedades que se disuelven y no una simple novación por cambio de deudor, sujeta a que los acreedores acepten expresamente la sustitución de dichas sociedades por la sociedad absorbente conforme al sistema del Código Civil. Op. Cit pag 299" (Op. Cit. Pag. 87 ).

**3.3.** Sólo si expresamente, como en el caso de la ley 680 de 2001, o derivada de estipulación contractual, se exige que el extremo contratante cuando quiera que trámite una reforma consistente en fusión o escisión, solicite autorización expresa y pronunciamiento afirmativo; la sociedad que pretenda un trámite de esta naturaleza, como cargo prestacional, debe agotar el trámite.

Si no lo agota, estará sujeta a las sanciones acordadas en el contrato.

## **EFFECTOS DE LA ESCISIÓN**

Como se había manifestado, respecto a los efectos de la escisión, la fusión no es su punto de referencia.

Si bien en ambas reformas se presupone una transferencia patrimonial que se consolida con la inscripción de la respectiva reforma estatutaria, en la escisión los efectos previstos por la ley en materia de transferencia de derechos y privilegios, consagran una precisa condición

En efecto, en el artículo 9 de la Ley 222 de 1995 se consagró lo siguiente:

"Artículo 9 (...)

"A partir de la inscripción en el registro mercantil de la escritura de escisión, la sociedad o sociedades beneficiarias asumirán las obligaciones que les correspondan en el acuerdo de escisión y adquirirán los derechos y privilegios inherentes a la parte patrimonial que se les hubiere transferido. Así mismo, la sociedad escidente, cuando se disolviera se entenderá liquidada" (subrayas fuera de contexto).

Del inciso transcrito se tiene:

La transferencia de los derechos y privilegios dicen relación con la parte patrimonial transmitida, exige que le sean inherentes.

Son entonces dos conceptos en los que hay que detenerse:

- a. Inherencia
- b. Parte Patrimonial transferida

Para el primero, se precisa acudir a su definición gramatical, en cuya ayuda se traerá el Diccionario de la Lengua Española, que la define.

"Inherente: (Del lat. Inhaerens entis p.a de inhaerere, estar unido) adj. Que por su naturaleza está de tal manera unido a otra cosa, que no se puede separar de ella. Ú con la prep. a. "2 Gram. Dícese a una unidad gramatical con independencia de las relaciones que esta pueda establecer en la oración. Así, pared tiene como propiedad inherente el género femenino, y pensar, la precisión de construirse con sujeto animado "

C. En cuanto a la expresión "parte patrimonial", es pertinente acudir a la definición legal del Decreto 2649 de 1993 como referencia.

El artículo 37 señala que: "(...) El patrimonio es el valor residual de los activos del ente económico, después de reducir todos sus pasivos".

Sobre esta definición, es pertinente relevar la expresión "ente económico" que el mismo decreto se encarga de definir así:

"Art. 6.: Ente económico. El ente económico es la empresa, esto es, la actividad económica organizada como una unidad, respecto de la cual se predica el control de los recursos. ,

El ente debe ser definido e identificado en forma tal que se distinga de otros entes".

Ahora bien tenemos la calidad de inherente con la de unidad económica, es decir, referido al artículo 9 de la Ley 222 de 1995, se tiene que el derecho o privilegio para que se entienda transferido, en los casos de escisión, debe estar atado en forma inescindible a esa unidad económica transferida, pues de no poderse predicar tal adjetivo, entonces la escisión no produce el efecto de consolidación en cabeza de la beneficiaria.

Así las cosas, no podría una sociedad concesionaria de un contrato de explotación minera, calificado como intuito personae, escindir de su patrimonio el contrato desagregado de la actividad misma de explotación, y pretender que se surta la consolidación en cabeza de una tercera beneficiaria.

En este evento, el derecho y privilegio conferido por el contrato de concesión le corresponde a la empresa, y como la unidad económica no se escinde, no operaría el traslado del contrato. En esta situación los efectos de la escisión no desplazarían los requisitos de la cesión de contratos.

En consecuencia, los efectos de la escisión merecen un análisis detenido en cada caso en particular, en el escenario de una relación de inherencia entre el activo y la unidad económica que se transfiere.

Con esta precisión se reafirma la vigencia del Oficio 220-318 de enero 4 de 1995, respecto de la escisión.

En estas condiciones se evaluaron sus consideraciones respecto de los oficios cuestionados, reiterando lo en ellos contenido en los términos en que se emiten todos los conceptos que absuelven consultas, y que son los previstos en el artículo 25 del Código de Contencioso Administrativo.

---

(1) Pinzón, Gabino. Sociedades Comerciales, Volumen I – Teoría General – Editorial Temis, Bogotá, D.C., 1968 – pp. 520 - 521

(2) Ibídem pags 515 y 516

(3) "Es claro, desde luego, que si la fusión ha sido prevista como una circunstancia estatutaria de aplicación del derecho de preferencia en la enajenación de acciones a cuotas sociales, no podrá producirse la transferencia de las participaciones sociales sin que se hayan cumplido los trámites previstos en los estatutos" Reyes, Francisco- Transformación, fusión y Escisión , Pag. 89

(4) Op. Cit. Pag. 87