

**Oficio 220-048575 Del 22 de Junio de 2012**

**Ref: Su solicitud radicada con No. 2012-01-158733.**

En atención a su solicitud radicada con el Número de la referencia, me permito a continuación transcribir el Oficio 220-080607 del 1 de Septiembre de 2010, a través del cual este Despacho explicó el procedimiento aplicable para llevar a cabo la fusión de que trata el artículo 33 de la Ley 1258 de 2008, no sin antes advertir que en la P. WEB de la Entidad podrá consultar los conceptos Jurídicos que la misma emite en torno a los temas de su competencia, entre ellos una amplia variedad de pronunciamientos que versan sobre las sociedades por acciones simplificadas creadas por la mencionada ley.

**PROCEDIMIENTO DE LA FUSIÓN ABREVIADA.**

Al respecto le informo que esta Superintendencia ya se ha pronunciado anteriormente sobre el tema de su consulta, en el Oficio 220-057303 del 20 de marzo de 2009

(  )

Dispone el artículo 33 ídem *FUSIÓN ABREVIADA. En aquellos casos en que una sociedad detente más del noventa (90%) de las acciones de una sociedad por acciones simplificada, aquella podrá absorber a esta, mediante determinación adoptada por los representantes legales o por las juntas directivas de las sociedades participantes en el proceso de fusión.*

*El acuerdo de fusión podrá realizarse por documento privado inscrito en el Registro Mercantil, salvo que dentro de los activos transferidos se encuentren bienes cuya enajenación requiera escritura pública. La fusión podrá dar lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en los términos de la Ley 222 de 1995, así como a la acción de oposición judicial prevista en el artículo del Código de Comercio.*

*El texto del acuerdo de fusión abreviada tendrá que ser publicado en un diario de amplia circulación según lo establece la Ley 222 de 1995, dentro de ese mismo término habrá lugar a la oposición por parte de terceros interesados quienes podrán exigir garantías necesarias y/o suficientes*

Del primer inciso de la norma transcrita, podemos deducir que la figura jurídica de fusión abreviada solo puede ser utilizada en aquellos caso en los que existe control por efectos del porcentaje de participación (*numeral 1 artículo 27 de la Ley 222 de 1995*), es decir entre matrices y subordinadas, siempre y cuando la matriz posea el 90% de las acciones de una sociedad por acciones simplificadas, facilitando de esta manera los procesos de reorganización empresarial.

**Derecho de Retiro de los Asociados Ausentes o Disidentes**

Dispone el inciso segundo del artículo 33 ídem,  *La fusión podrá dar lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en los términos de la Ley 222 de 1995* .

A su turno el artículo 14 de la Ley 222 de 1995, establece:  *Los socios ausentes o disidentes podrán ejercer el derecho de retiro dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que se adoptó la respectiva decisión. La manifestación de retiro del socio se comunicará por escrito al representante legal* .

El referido artículo 33 de la Ley 1258 de 2008, otorga la facultad a la Junta Directiva o al Representante Legal de adoptar la decisión de fusionar abreviadamente la sociedad, siempre que una de las sociedades participantes sea una Sociedad por Acciones Simplificadas, y la compañía absorbente tenga una participación del 90% en las acciones de las SAS absorbida.

De la normatividad anterior, surge la pregunta, ¿si la facultad de tomar la decisión de fusionar abreviadamente la sociedad fue asignada por el legislador a los órganos de administración, esto es, la junta directiva o representante legal de las sociedades participantes, como puede obtenerse la calidad de socio ausente o disidente, si los asociados no participan o no adoptan la determinación y por ende cómo debe hacer el accionista para enterarse de tal decisión y de ser su intención allegar el escrito manifestando su voluntad de ejercer el derecho de retiro de la sociedad dentro de los ocho (8) días que determina la Ley ?.

Al respecto es de afirmar, que la calidad de ausente la tienen todos los accionistas de las sociedades participantes en la fusión abreviada, en razón a que la decisión es adoptada por los órganos de administración, y por ende no se celebra reunión del máximo órgano social respecto del cual pueda predicarse la ausencia de algunos asociados.

Y la disidencia, solo puede predicarse de asuntos de los cuales se tiene conocimiento y los asociados como no participan en la toma de la decisión, oficialmente no tienen la información pertinente que les permita adoptar la posición de aprobación o disidencia.

No obstante lo anterior, bajo el principio de interpretación de la Ley consagrado en el artículo 32 del Código Civil, el cual ordena que: *□ En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.* □, este Despacho considera que para lograr a través de un proceso ágil y expedito, una fusión abreviada como instrumento de integración empresarial, sin menoscabo de los derechos que la ley le ha otorgado a los accionistas, en orden a que estos puedan ejercer el derecho de retiro, como lo consagra el artículo 33 de la citada ley, los administradores, junta directiva o representante legal, según el caso, cual sea el órgano que adopte la decisión, deberán el mismo día en el cual se celebre la reunión en la que se tomó la decisión de fusionar la sociedad abreviadamente, comunicar o todos los socios o accionistas tal decisión a través de telegrama o por cualquier otro medio que produzca efectos similares.

Así mismo, durante los ocho (8) días siguientes a la fecha en la cual se celebró la reunión en la cual el órgano de administración correspondiente adoptó la decisión de fusionar abreviadamente la sociedad, la administración deberá mantener a disposición de los asociados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad en el domicilio principal, toda la información contable, es decir Estados Financieros, así como el acuerdo de fusión abreviada que sirvió de base para tal decisión.

### **Derecho de Oposición de los Terceros Interesados**

Al respecto el artículo 33 de la ley 1258 consagra: *□ La fusión podrá dar lugar (□) □ a la acción de oposición judicial prevista en el artículo 175 del Código de Comercio.*

*El texto del acuerdo de fusión abreviada tendrá que ser publicado en un diario de amplia circulación según lo establece la Ley 222 de 1995, dentro de ese mismo término habrá lugar a la oposición por parte terceros interesados quienes podrán exigir garantías necesarias y/o suficientes* □

El artículo 5o. de la Ley 222 de 1995, estipula *□ Los representantes legales de las sociedades que intervienen en el proces o de escisión publicarán en un diario de amplia circulación nacional y en un diario de amplia circulación en el domicilio social de cada una de las sociedades participantes, un aviso que contendrá los requerimientos previstos en el artículo 174 del Código de Comercio* El artículo 6 de la Ley 222 de 1995, en relación con el ejercicio del derecho de oposición aplicable a la fusión abreviada, por remisión prevista en el artículo 33 de la Ley 1258 de 2008 prevé:

*□ Los acreedores de las sociedades que participen en la escisión, que sean titulares de deudas adquiridas con anterioridad a la publicación a que se refiere el artículo anterior, podrán, dentro de los treinta días siguientes a la fecha del último aviso, exigir garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos, siempre que no dispongan de dichas garantías. La solicitud se tramitará en la misma forma y producirá los mismos efectos previstos para la fusión* □ □ □.

De la normatividad trascrita puede concluirse que en las operaciones económicas de fusión abreviada, deberá publicarse el texto del acuerdo de fusión en un diario de circulación nacional y en un diario de amplia circulación en el domicilio social de cada una de las sociedades participantes y es a partir del día siguiente a la fecha de publicación del texto del acuerdo de fusión, cuando empieza a correr el término de 30 días para que los terceros interesados inicien la acción de oposición con el fin de exigir garantías necesaria y/o suficientes.

□ □

En consecuencia, de los apartes del Oficio transcritos se observa cuál es el trámite de la fusión abreviada y la remisión normativa que debe efectuarse para el efecto; esto es, que cuando se trate del trámite de fusión en el que una sociedad pretenda absorber a la SAS de la que detenta *más del noventa (90%) de sus acciones*, podrá hacerlo mediante decisión de sus órganos de administración, como representantes legales y juntas directivas, respetando el derecho de retiro de accionistas ausentes y disidentes y el de oposición de terceros interesados.

Para garantizar el primero de los citados derechos, a los accionistas se les comunicará la determinación de celebrar la fusión abreviada el mismo día en que se tome la decisión y se les concederán 8 días hábiles, en los que se pondrán a su disposición la información contable y financiera necesarias, así como el proyecto de fusión correspondiente; en tanto que, para favorecer el segundo, esto es, el derecho de oposición de acreedores, se concederán 30 días contados a partir del día siguiente a la publicación que deberá efectuarse del proyecto.

Surtidas las etapas mencionadas, el acuerdo de fusión se formalizará mediante la inscripción en el registro mercantil del documento privado que lo contenga (o público en el caso de transferencia de activos cuya enajenación requiera escritura pública).

El carácter abreviado de la fusión prevista por el artículo 33 de la Ley 1258 de 2008 radica entonces en que puede tratarse de una decisión de tipo administrativo, con lo cual se acorta el tiempo y los requisitos propios de la convocatoria al máximo órgano social, así como en el hecho que, para el perfeccionamiento de la operación, mediante su inscripción en el registro mercantil, no será necesario que previamente se

eleve a escritura pública el documento contentivo del acuerdo, siempre que en la fusión no exista transferencia de bienes sujetos a registro.

Por último, le transcribo la parte pertinente del Oficio 220-020078 del 5 de abril de 2010, en la que se aclaró el Oficio 220-057303 del 20 de marzo de 2009 en lo relativo a la autorización que debe impartir esta Superintendencia, donde se concluyó que:

□En efecto, el Decreto 4350 de 2006, reglamentario, entre otros, del artículo 84 de la Ley 222 de 1995 que establece las facultades de esta Superintendencia respecto de sus vigiladas, dispuso que las reformas estatutarias consistentes en fusión y escisión requieren de □autorización previa□ de esta Entidad, pero al mismo tiempo la facultó para expedir respecto de sus vigiladas por la causal económica (nivel de activos e ingresos), las instrucciones de transparencia y revelación de información necesarias a fin de acogerse a un régimen de autorización general de tales operaciones (Artículo 6, literal d)) y fue así como, a través de la Circular Externa citada, se estableció el régimen de autorización general en fusiones y escisiones e instrucciones de transparencia y revelación de información, en el que a su vez se establecieron los □casos en los cuales se requiere autorización previa□ (numeral 3)

Los eventos en los cuales la fusión o escisión proyectada requiere autorización previa de esta Superintendencia, abarcan aspectos que van desde la situación de endeudamiento de las participantes, hasta el hecho de haberse detectado respecto de ellas alguna de las irregularidades de los literales a, b, c y d del artículo 84 de la Ley 222 de 1995, con motivo de una investigación administrativa, esto es, abuso de sus órganos, suministro a terceros de información que no se ajuste a la realidad, no llevar la contabilidad en regla y extralimitación del objeto social, pasando por, la existencia de activos representados en crédito mercantil, y de obligaciones pensionales, entre otros.

Por tal razón, este Despacho considera que **en el evento de la fusión abreviada prevista en la Ley de las SAS**, deberá estarse a lo dispuesto en el régimen de autorizaciones generales de tales operaciones al que se ha hecho mención (Circular Externa 001 del 23 de marzo de 2007) y, en esa medida, **habrá de evaluarse en cada caso si la operación se ajusta a alguno de los eventos en los que se requiere autorización previa por parte de esta Superintendencia** o si, por el contrario, bastará con que las intervinientes cumplan los requisitos establecidos por el artículo 33 de la Ley 1258 de 2008 cuales son, básicamente, permitir el ejercicio de los derechos de retiro y oposición en los términos regulados por la Ley 222 de 1995.□

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los alcances que al efecto indica el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.