

220-45217, 2 de septiembre de 2002

Asunto: Cesión de Contratos en Fusiones

Con toda atención se refiere el Despacho a la consulta formulada mediante comunicación radicada con el número 2002-01-105134 mediante la cual consulta sobre la vigencia del Oficio 220-318 de enero 4 de 1995, publicado en el libro Doctrinas y Conceptos Jurídicos 2000, de esta entidad, y en particular si el pronunciamiento respecto de la cesión de contratos es aplicable a la fusión.

Sea lo primero señalar que respecto de la cesión de contratos en un proceso de fusión, esta Entidad ya expresó su criterio en oficio número Oficio 220-10481 del 27 de marzo de 2001, en el cual se concluyó que la **fusión es un negocio jurídico diferente a la cesión que implica la transmisión universal de derechos y obligaciones**, el cual me permito transcribir:

□(□)

El asunto que se abordará será el de establecer 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)¹

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 Jurídica de la Fusión

- Es una Reforma Estatutaria

El artículo No. 2 del ordenamiento mercantil establece que la fusión es una reforma estatutaria y desde esta perspectiva habrá de analizarse su consideración².

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

¹ PEREZ FONTANA, Sagunto, Fusión de Sociedades, Montevideo, 1970 pag. 60

² □La fusión es una de las modificaciones más trascendentales que pueden proponerse al máximo órgano social de una compañía. No solamente representa la extinción de una o varias sociedades, sino que además, implica la consolidación patrimonial en una sociedad nueva o en otra ya existente.□ Reyes Francisco, Transformación, Fusión y Escisión pag 84

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 ³C.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 ⁴C.Co).

Preceptos que se confirman de manera expresa en el artículo 178⁵ 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.⁶

³ Art. 172. Habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva

La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.

⁴ Artículo 175 (...) 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.□

⁵ □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. La tradición de los inmuebles se hará por la misma escritura de fusión o por escritura separada, registrada conforme a la ley. La entrega de los bienes muebles se hará por inventario y se cumplirán las solemnidades que la ley exija para su validez o para que surtan efectos contra terceros□.

⁶ □En sustancia, la sucesión universal se resuelve en la transmisión de la titularidad de la hacienda de la sociedad. Por lo tanto, pasan de un sujeto a otro, ante todo, los elementos activos que constituyen la *universitas facti* que es la hacienda comercial. Sustituyendo la nueva sociedad o la supérstite en las relaciones jurídicas patrimoniales de las extinguidas, asume sus obligaciones. Agudamente se ha observado que las deudas y los créditos son elementos normales y habituales de una hacienda, como las mercaderías. Y por cuanto, según los principios de nuestro Código Civil, las sociedades que cesan pasan directamente a proveer a la extinción de sus pasividades normalmente transmiten su hacienda comprendiendo sus créditos□ De Semo, Giorgio, La fusión de las sociedades comerciales citado por Pérez fontana op. Cit. Pag. 64

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.☐ ⁷

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.

Finalmente, se reitera que 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.

(☐) ☐

Respecto de la vigencia del Oficio 220-318 de enero 4 de 1995, me permito señalar que el mismo está bajo estudio en estos momentos, el que una vez concluido, le enviaremos para su conocimiento.

⁷ MOTOS GUIRAO, Miguel. Fusión de Sociedades Mercantiles. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953 pag.52