

OFICIO 220-018345 DE 7 DE FEBRERO DE 2024

ASUNTO: FUSIÓN EN UNA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – INCORPORACIÓN DE UN BIEN INMUEBLE DE LA SOCIEDAD ABSORBIDA EN EL PATRIMONIO DE LA ABSORBENTE, CON POSTERIORIDAD A LA APROBACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS QUE DIERON LUGAR A LA REFORMA.

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia por medio de la cual realiza un planteamiento y formula unas inquietudes:

"Según el párrafo segundo del artículo 33 de la Ley 1258 de 2008 que refiere que para las Sociedades por Acciones Simplificadas (en adelante "SAS"): "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".

Como consecuencia de lo anterior, es claro que, cuando dentro de los activos de una fusión entre SAS no existen bienes sujetos a escritura pública, la misma podrá ser realizada mediante documento privado.

Entonces, para efecto de proceder con la reforma estatutaria consistente en fusión, se deben seguir los lineamientos indicados en los artículos 172 y subsiguientes del Código de Comercio y el artículo 11 de Ley 222 de 1995.

Al respecto, el numeral segundo, del artículo 173 del Código de Comercio refiere que el compromiso de fusión deberá tener: "Los datos y cifras, tomados de los libros de contabilidad de las sociedades interesadas, que hubieren servido de base para establecer las condiciones en que se realizará la fusión;"

Ahora, conforme al Oficio No. 220-221950 del 27 de octubre de 2022 de la Superintendencia de Sociedades, cuando se realiza una reforma estatutaria consistente en una fusión por absorción en donde se toman como base unos estados financieros de corte ordinario (31 de diciembre) la aprobación de la reforma estatutaria en mención se deberá realizar dentro de los tres (03) primeros meses del año, así:

"Ahora, en los casos de reformas estatutarias, tales como la de fusión, según lo aluden los literales a) y b) del Numeral 4.2 de la Circular Básica Contable 100-000007 del 12 de julio de 2022, si la reforma se aprueba en reunión ordinaria del máximo órgano social, celebrada dentro de los tres primeros meses del año, se puede efectuar tomando como base los estados financieros de propósito general de fin de ejercicio, mientras que si se hace en reunión extraordinaria se tomarán como base los estados financieros extraordinarios." (Negrilla no es del original).

Conforme a lo anterior y en gracia de discusión, se presenta a la Superintendencia de Sociedades la siguiente coyuntura para que proceda a pronunciarse al respecto por tratarse de un tema de su competencia:

- I. Cuando sociedades por acciones simplificadas participan en una reforma estatutaria consistente en una fusión por absorción total en donde no hay bienes cuya transferencia requiera de escritura pública, es claro que la reforma se realiza mediante documento privado
- II. Los estados financieros que sirven como base para la fusión mencionada en el numeral que anteceden, son los de corte ordinario, en consecuencia, la aprobación de la reforma se realiza mediante Asamblea ordinaria durante los primeros tres (03) meses del respectivo año.
- III. No obstante, lo anterior, posterior a la aprobación de la fusión en mención y antes de su respectivo registro, la sociedad absorbida adquiere un inmueble en dación en pago, que al ser adquirido después de la aprobación de los estados financieros y en consecuencia de la aprobación de la fusión, no se encuentra dentro de los activos de esta última. Téngase en cuenta que, para efecto de lo anterior, al no haberse realizado el registro de la fusión la sociedad absorbida aún se encontraba activa.
- IV. Entonces, el inmueble en mención no quedó registrado dentro de la relación de activos de la fusión y tampoco dentro de los estados financieros que sirvieron como base de dicha fusión por cuanto el mismo fue adquirido después del cierre de los estados financieros de corte ordinario, a la aprobación de la fusión, pero previo al registro.
- V. Entonces posterior al registro de la fusión se evidencia que el inmueble sigue siendo propiedad de la sociedad absorbida que, como consecuencia de la fusión, se disolvió, liquidó y se encuentra cancelada, pero al ser un bien sujeto a registro público, **¿Cómo es posible ajustar la tradición del inmueble toda vez que figura a nombre de una sociedad disuelta, liquidada y posteriormente cancelada en virtud de que fue absorbida mediante fusión?** ¿la fusión previamente mencionada debe aclararse y/o ser adicionada, como se hace esto? Se reitera que, toda vez que no existían inmuebles al corte de los estados financieros que sirvieron como base para realizar la fusión, la misma fue realizada mediante documento privado.
- VI. Considerando lo expuesto previamente y, partiendo de la base de que la sociedad absorbida ya tiene su matrícula cancelada, surge la pregunta de si, la sociedad absorbente debe preparar estados financieros para realizar el ajuste de la fusión y qué tipo de estados financieros.

En caso afirmativo, ¿Con qué corte debe presentarse los estados financieros?, así mismo, ¿Podría sustituirse los estados financieros por una certificación emitida y suscrita por el Revisor Fiscal y Representante Legal de la sociedad donde se discrimine a detalle el bien inmueble que

no se aportó y que será objeto de traslación a favor de la sociedad absorbente?”.

Previamente a responder sus inquietudes, debe señalarse que, en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite conceptos de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, que no se dirigen a resolver situaciones de orden particular ni constituyen asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada. A su vez, sus respuestas a las consultas no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Con el alcance indicado, esta Oficina procede a realizar las siguientes consideraciones de índole jurídico en aras de dar respuesta a su consulta:

Partimos de la base de que conforme al artículo 172 del Código de Comercio:

"Habrà 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”.

El compromiso de fusión en los términos del artículo 173¹ del citado código, debe contener, entre otros requisitos, la discriminación y valoración de todos los activos y pasivos de la sociedad o sociedades que serán absorbidas, así como de la sociedad absorbente, igualmente, copias certificadas de los balances generales de las sociedades que intervienen en la operación respectiva.

Así mismo, en el aviso al público sobre el compromiso de fusión, debe informarse lo relacionado con los activos y pasivos de las sociedades intervinientes en los términos del numeral 2 del artículo 174² ibídem.

¹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Código de Comercio. “Artículo 173. Las juntas de socios o las asambleas aprobarán, con el quórum previsto en sus estatutos para la fusión o, en su defecto, para la disolución anticipada, el compromiso respectivo, que deberá contener: 1o) Los motivos de la proyectada fusión y las condiciones en que se realizará; 2o) Los datos y cifras, tomados de los libros de contabilidad de las sociedades interesadas, que hubieren servido de base para establecer las condiciones en que se realizará la fusión; 3o) La discriminación y valoración de los activos y pasivos de las sociedades que serán absorbidas, y de la absorbente; 4o) Un anexo explicativo de los métodos de evaluación utilizados y del intercambio de partes de interés, cuotas o acciones que implicará la operación, y 5o) Copias certificadas de los balances generales de las sociedades participantes.”

² Ibídem. “Artículo 174. Los representantes legales de las sociedades interesadas darán a conocer al público la aprobación del compromiso, mediante aviso publicado en un diario de amplia circulación nacional. Dicho aviso deberá contener: 1o) Los nombres de las compañías participantes, sus domicilios y el capital social, o el suscrito y el pagado, en su caso; 2o) El valor de los activos y pasivos de las sociedades que serán absorbidas y de la absorbente, y 3o) La síntesis del anexo explicativo de los métodos de evaluación utilizados y del intercambio de partes de interés, cuotas o acciones que implicará la operación, certificada por el revisor fiscal, si lo hubiere o, en su defecto, por un contador público.”

Ahora bien, en relación con los efectos patrimoniales de la fusión, en los términos del artículo 178³ ídem, una vez formalizada la misma, la sociedad absorbente adquiere la totalidad de los bienes (muebles e inmuebles) y derechos de la sociedad absorbida y asume los pasivos en general. Igualmente consagra que “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” (El subrayado es nuestro).

De otra parte, el artículo 30⁴ de la Ley 1258 de 2008, atinente a la Sociedad por Acciones Simplificada, consagra que las normas aplicables a la transformación, fusión y escisión de sociedades para los tipos societarios a que alude el Código de Comercio, artículo 172 y siguientes, le serán aplicables a dicho tipo societario.

En relación con el Oficio 220-221950⁵ que alude en su escrito, proferido por la Superintendencia de Sociedades el 7 de octubre de 2022 y no el 27 como lo afirma, entre otros apartes, efectivamente se expresó:

“(…)

Sobre el particular, encuentra esta Oficina que los alcances de un proceso de fusión empresarial respecto de terceros resultan ser los mismos, independientemente del tipo societario de las compañías que participen en éstos, incluyendo a la sociedad por acciones simplificada. En cuanto corresponde a los acreedores de las compañías intervinientes en procesos de fusión, o escisión, les asiste a todos éstos el derecho de perseguir el otorgamiento de garantías adicionales en caso que tales reestructuraciones sugieran el desmejoramiento de sus intereses crediticios.

Nótese cómo el Artículo 30 de la Ley 1258 de 2008 prevé tal situación remitiendo a lo dispuesto para las sociedades contempladas en el Título II del Código de Comercio en lo concerniente a fusión y escisión, veamos:

“ARTÍCULO 30. Sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en la presente ley, las normas que regulan la transformación, fusión y escisión de sociedades le serán aplicables a la sociedad por acciones simplificada, así como las disposiciones propias del derecho de retiro contenidas en la Ley 222 de 1995.

³ Ibídem. “Artículo 178. 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.”

⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 (5 de diciembre de 2008) “Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada”, Art. 30. “Normas Aplicables a la Transformación, Fusión y Escisión. Sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en la presente ley, las normas que regulan la transformación, fusión y escisión de sociedades le serán aplicables a la sociedad por acciones simplificada, así como las disposiciones propias del derecho de retiro contenidas en la Ley 222 de 1995. **PARÁGRAFO.** Los accionistas de las sociedades absorbidas o escindidas podrán recibir dinero en efectivo, acciones, cuotas sociales o títulos de participación en cualquier sociedad o cualquier otro activo, como única contraprestación en los procesos de fusión o escisión que adelanten las sociedades por acciones simplificadas.

⁵ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-221950 (7/10/2022) Asunto: “Sociedad Por Acciones Simplificada –Fusión – Circular Básica Jurídica Contable.

(...)

Ahora, en los casos de reformas estatutarias, tales como la de fusión, según lo aluden los literales a) y b) del Numeral 4.2 de la Circular Básica Contable 100-000007 del 12 de julio de 2022, si la reforma se aprueba en reunión ordinaria del máximo órgano social, celebrada dentro de los tres primeros meses del año, se puede efectuar tomando como base los estados financieros de propósito general de fin de ejercicio, mientras que si se hace en reunión extraordinaria se tomarán como base los estados financieros extraordinarios.

(...)”.

De otra parte, esta entidad en el Oficio 220-199273⁶ en relación con un proceso de fusión donde se consulta cual es el camino a seguir cuando en el mencionado proceso por absorción se dejan bienes inmuebles fuera del proceso, afirmó lo siguiente:

“(…)

Menos aún es dable una respuesta puntual en el presente caso, pues la consulta no aporta los elementos suficientes; ya que son diversos los eventos que hubieren podido ocurrir. Pues bien, podría ser que el bien inmueble al que se alude, no se haya incluido en la escritura de fusión, pero sí se hubiera tenido en cuenta para la determinación del intercambio de acciones. Si ello fuere así, la solución sería tan simple como correr una escritura adicional para incluir el bien, lo que no produciría una modificación en el cálculo de las acciones que los accionistas de la sociedad absorbida podían recibir.

Ahora, pudo suceder que además de no haberse incluido el inmueble en la escritura pública de fusión, tampoco se haya tenido en cuenta para elaborar los cálculos que permitieron establecer el número de acciones que deberían recibir los accionistas de la sociedad absorbida. Esta situación resulta, dicho sea de paso, verdaderamente improbable, considerando que al tenor de lo dispuesto por el artículo 173 del Código de Comercio, para efectuar la fusión, el máximo órgano de ambas sociedades debe aprobar el compromiso de fusión que debe contener, entre otros informes, los datos y las cifras tomadas de los libros de contabilidad de las sociedades, la discriminación y valoración de los activos y pasivos tanto de la compañía absorbida como de la absorbente, así como copia certificada de los balances de las sociedades participantes. Pero si estas fueren las circunstancias motivo de la consulta, habría que indicar que la ley no previó una situación semejante, ni por tanto un procedimiento a seguir, de suerte que para remediarla, no habría otra alternativa a juicio de esta oficina, que volver a realizar los cálculos pertinentes y extender un nuevo instrumento público, mediante el que se transfiera el inmueble omitido, y de consiguiente, surtir los actos indispensables para ajustar el número de acciones que habrán de entregarse a los accionistas de la sociedad o sociedades absorbidas en virtud de la fusión, que harán parte de la absorbente.

⁶ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-199273 (5 de septiembre de 2017). Asunto: TRÁMITES A SEGUIR CUANDO EN UN PROCESO DE FUSIÓN SE DEJAN DE INCLUIR BIENES INMUEBLES. Disponible en: <https://tesauro.supersociedades.gov.co/jsonviewer/Fk7VmIqBn95eDcW1KDah>

En todo caso, para mayor claridad acerca de la cuestión planteada en la consulta, ilustran apartes del Oficio 220-10481 del 27 de marzo de 2001, en el que esta Entidad manifestó entre otros que la fusión es "...el proceso a través del cual una o más sociedades se disuelven sin liquidarse para ser absorbidas por otra o para crear una nueva; en tal virtud, la absorbente o la nueva compañía adquiere los derechos y obligaciones de la, o las sociedades disueltas al formalizarse el respectivo acuerdo", (El subrayado está fuera del texto original).

Agrega el oficio citado: "...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".

En efecto, de conformidad con lo expuesto por el artículo 178 del Código de Comercio, una vez formalizado el acuerdo de fusión, 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. Además, dispone el segundo inciso de la mencionada norma que la tradición de los inmuebles se hará por la misma escritura de fusión o por escritura separada, registrada conforme a la ley.

Así las cosas, si en la escritura pública de fusión se omitió la inclusión del folio de matrícula inmobiliaria de un bien inmueble que pertenecía a la sociedad absorbida, podrá correrse una nueva escritura pública, tal como lo prevé la norma ya invocada, con el fin de que sea transferido a la sociedad absorbente. (...)"

Es claro a todas luces que nos encontramos frente a una situación muy particular, donde existe un bien inmueble, que no fue incluido en la relación de activos de la sociedad absorbida porque fue entregado como dación en pago con posterioridad a la preparación de la información financiera para la respectiva reforma, pero antes del registro de la fusión en la cámara de comercio respectiva.

Así mismo, se precisa que la fusión no fue elevada a escritura pública porque no incorporaba en la relación de activos el bien inmueble que, de haberlo sido, habría requerido el instrumento notarial.

Con base en los hechos señalados, procedemos a dar contestación a sus inquietudes de manera clara y concreta desde el punto de vista societario:

"1 ¿Cómo es posible ajustar la tradición del inmueble toda vez que figura a nombre de una sociedad disuelta, liquidada y posteriormente cancelada en virtud

de que fue absorbida mediante fusión? ¿la fusión previamente mencionada debe aclararse y/o ser adicionada, como se hace esto?"

Partimos de la necesidad de aclarar que la sociedad absorbida por el hecho de la fusión, no adelantó un proceso liquidatorio y por tanto no fue liquidada; en los términos del artículo 172 de la legislación mercantil, la sociedad absorbida fue disuelta sin liquidarse y sus derechos y obligaciones fueron transferidos sin solución de continuidad a la sociedad absorbente, quien por el fenómeno jurídico de la fusión es en quien recae la titularidad o las obligaciones de la sociedad fusionada.

Ahora bien, indica que la sociedad absorbida recibió un bien inmueble en Dación en Pago, lo que implica que existía entre acreedor y deudor, una obligación clara y exigible, respecto de la cual el acreedor (sociedad absorbida) tenía una cuenta por cobrar en la contabilidad de la compañía, luego el valor del derecho de crédito debía figurar en los estados financieros que fueron presentados para la aprobación de la correspondiente reforma estatutaria. Si bien no se tenía en el activo el registro de un inmueble sí se debió considerar el valor de la obligación. Así que este valor que luego se consolidó en un inmueble debió ser previsto para ser considerado en el método de intercambio.

Bajo estos supuestos, se requerirá proceder a otorgar la escritura pública donde conste la transferencia del bien inmueble como consecuencia de la fusión.

"2 ... partiendo de la base de que la sociedad absorbida ya tiene su matrícula cancelada, surge la pregunta de si, la sociedad absorbente debe preparar estados financieros para realizar el ajuste de la fusión y qué tipo de estados financieros.

3 En caso afirmativo, ¿Con qué corte debe presentarse los estados financieros?, así mismo, ¿Podría sustituirse los estados financieros por una certificación emitida y suscrita por el Revisor Fiscal y Representante Legal de la sociedad donde se discrimine a detalle el bien inmueble que no se aportó y que será objeto de traslación a favor de la sociedad absorbente?"

Bajo el supuesto de que no se hayan realizado estados financieros acordes que permitan revelar que el valor del inmueble estaba incluido dentro de los activos de la sociedad a fusionarse, entre otros factores que permitan hacer los cálculos pertinentes para ajustar, entre otros, el número de acciones que habrán de entregarse a los accionistas de la sociedad o sociedades absorbidas y en general presentar toda la relación de intercambio, sería necesario dar cumplimiento a los términos y condiciones de presentación de información financiera de acuerdo con lo determinado en el Decreto 2420 de 2020 y demás normas pertinentes.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los efectos descritos en el artículo 28 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y el aplicativo Tesauro.