



Bogotá D.C., 06-02-2017

Señora

ELVIRA SUAREZ

Calle 51 No. 26ª – 20 Edificio Kiron II Apartamento 1602
Bucaramanga – Santander

ASUNTO: Fusión por absorción - contrato de régimen de aporte

Cordial saludo,

De conformidad con la petición por usted presentada mediante el radicado 20169040040082, a través de la cual solicita se le indique si para hacer una fusión por absorción de una sociedad titular de un contrato de régimen de aporte, se requiere que se realice previamente trámite de cesión o si debe comunicarse a la autoridad minera sobre el cambio de titular una vez hecha la fusión, nos permitimos emitir respuesta en los siguientes términos:

- El contrato de régimen de aporte

La Ley 685 de 2001, actual Código de Minas, respecto a los contratos sobre áreas de aporte, establece:

“Artículo 351. Contratos sobre áreas de aporte. Los contratos mineros de cualquier clase y denominación celebrados por los entes descentralizados sobre zonas de aportes, continuarán vigentes, incluyendo las prórrogas convenidas. Los trámites y procedimientos de licitaciones y concursos que los mencionados entes hubieren resuelto abrir o hubieren iniciado para contratar otras áreas dentro de las zonas aportadas, continuarán hasta su culminación y los contratos correspondientes se celebrarán conforme a los términos de referencia o pliegos de condiciones elaborados para el efecto. Las áreas restantes de los aportes, serán exploradas y explotadas de acuerdo con el régimen común de concesión.”

Así las cosas y en virtud del principio consagrado en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, conforme al cual “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, la regulación respecto a los contratos de aporte se encuentra contenida en el Decreto 2655 de 1988, en el que se señala:

“Artículo 48. Aporte Minero. <Decreto derogado por el artículo 361 de la Ley 685 de 2001> El aporte minero es el acto por el cual el Ministerio otorgará en sus entidades adscritas o vinculadas que tengan entre sus



finés la actividad minera, la facultad temporal y exclusiva de explorar y explotar los depósitos o yacimientos de uno o varios minerales que puedan existir en un área determinada.”

Ahora bien, el Decreto 2655 de 1988 no regula el tema de la fusión de sociedades, por lo que se acudirá de manera supletoria a las regulaciones civiles y comerciales, sobre la materia.

- Fusión por absorción

Respecto a la fusión, el Código de Comercio, en su capítulo VI, sección II, artículo 172 establece que *“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.”* (n.f.t)

De lo anterior, se desprende que la fusión puede efectuarse mediante la absorción de una sociedad (fusión por absorción) o porque dos o más sociedades se disuelven para que se cree una nueva (fusión por creación), en ambos casos, la sociedad absorbida o que se disuelve no se liquida. Encontrándose el procedimiento detallado en los artículos 173 y siguientes del mismo Código.

La primera modalidad no implica el nacimiento de una nueva sociedad a la vida jurídica, pues simplemente las sociedades que se disuelven se integran en una persona jurídica que ya existía. En esta situación, 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 sociedades¹.

El mismo artículo 178 del Código de Comercio establece, que la entrega de los bienes de una sociedad a otra se realizará por la misma escritura de fusión² o por la solemnidades que se exija para su validez o

¹ Código de Comercio - Artículo 178: Derechos y Obligaciones de la Sociedad Absorbente. 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.

² Código de Comercio - Artículo 177: Contenido de la Escritura Pública de Fusión. Cumplido lo prescrito en los artículos anteriores, podrá formalizarse el acuerdo de fusión. En la escritura se insertarán:

- 1) El permiso para la fusión en los casos exigidos por las normas sobre prácticas comerciales restrictivas;
- 2) Tratándose de sociedades vigiladas, la aprobación oficial del avalúo de los bienes en especie que haya de recibir la absorbente o la nueva sociedad;
- 3) Copias de las actas en que conste la aprobación del acuerdo;
- 4) Si fuere el caso, el permiso de la Superintendencia para colocar las acciones o determinar las cuotas sociales que correspondan a cada socio o accionista de las sociedades absorbidas, y
- 5) Los balances generales de las sociedades fusionadas y el consolidado de la absorbente o de la nueva sociedad.



para que surtan efectos frente a terceros.

Sobre este particular, la Superintendencia de Sociedades, se ha pronunciado, en diferentes oportunidades³, exponiendo 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; así:

“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”⁴

(…)

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.

³ Superintendencia de Sociedades conceptos radicados con los Nos. 2002-01-119094 y 2002-01-124417; en atención a los oficios 220-10481 de 2001 y 220-117228 de 2002.

⁴ Pinzón, Gabino. Sociedades Comerciales, Volumen I – Teoría General – Editorial Temis, Bogotá, D.C., 1968 – pp. 520 - 521



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. (n.f.t)

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."⁵

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 intuito 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.

(...)

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.

(...)

⁵ Ibídem páginas 515 y 516



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. (s.f.t)

(...)

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.(...)”⁶

Ahora, sobre los efectos de la fusión por absorción, la misma entidad, ha conceptuado, mediante oficio 220-090723 del 20 de mayo de 2016, lo siguiente:

“...viene al caso traer algunos apartes de las consideraciones que de una parte explican porque la nueva sociedad que surge de la fusión o la sociedad absorbente, se hace responsable ante todas las autoridades por las obligaciones a cargo de las sociedades absorbidas por ministerio de la ley, y de otra parte indican en qué momento se surten los efectos de la operación.

‘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 C. 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 c.co).

*Preceptos que se confirman de manera expresa en el artículo 178 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.).

⁶ Superintendencia de Sociedades - concepto 220-62689, diciembre 12 de 2002



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. (n.f.t)

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.

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.'

(...)

"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. (...)"

- Lo consultado

En este orden de ideas, respecto a la consulta referente a si para hacer una fusión por absorción de una sociedad titular de un contrato de régimen de aporte, se requiere que se realice previamente trámite de cesión o si debe comunicarse a la autoridad minera sobre el cambio de titular una vez hecha la fusión, cabe señalar lo siguiente:

En atención a lo expuesto con antelación, la sociedad nueva o la absorbente continúa con la empresa, y por ministerio de la ley, se sustituye en todas sus relaciones jurídicas, razón por la cual, al darse su formalización con la escritura pública de fusión de conformidad con las normas comerciales, a juicio de esta Oficina Asesora, no es dable para la Autoridad Minera establecer requisitos adicionales a dicho procedimiento de fusión aplicando normas de un procedimiento diferente, como lo es el procedimiento de cesión de derechos.





Lo anterior en concordancia con lo señalado por la Superintendencia de Sociedades quien mediante concepto N° 220-45217 del 2002 manifestó: *“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 citados”, y a la vez que “(...) el título que causa la 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, se reitera que no se deben confundir los efectos similares que producen dos negocios jurídicos distintos como lo son la cesión de derechos y la fusión por absorción.

En este sentido, la Autoridad Minera una vez le sea allegado el documento de fusión correspondiente, debidamente formalizado de conformidad con las normas comerciales, deberá pronunciarse mediante acto administrativo motivado, evaluando si dicho documento cumple con las normas legales⁷ y si no contraría ninguna norma de orden público, para que de ser el caso, una vez analizados los aspectos mencionados, conforme a la ley, se ordene su inscripción en el Registro Minero Nacional⁸.

Finalmente debe tenerse en cuenta, que para el efecto, deben concurrir además de los elementos que le imprimen efectos a la fusión, los elementos que de conformidad con la ley minera permitan constatar las atribuciones de las personas jurídicas en lo que se refiere a la capacidad para ser titular de derechos mineros. En este sentido el Decreto 2655 de 1988⁹ señala, que las personas jurídicas pueden ser titulares de licencias de exploración, licencias de explotación y contratos mineros si en su objeto se han previsto las actividades mineras de exploración y explotación.

⁷ Ver artículo 177 del Código de Comercio.

⁸ Decreto 2655 de 1988 Artículo 293. Validez de los títulos. <Decreto derogado por el artículo 361 de la Ley 685 de 2001> Ningún título minero o acto que lo modifique, cancele o grave tendrá efecto respecto de terceros sin su inscripción en el Registro Minero.

⁹ Decreto 2655 de 1988 Artículo 19. Capacidad. <Decreto derogado por el artículo 361 de la Ley 685 de 2001> Toda persona natural, nacional o extranjera, legalmente capaz, puede ser titular de licencias de exploración, licencias de explotación y contratos mineros. Las personas jurídicas también pueden serlo si en su objeto se han previsto las actividades mineras de exploración y explotación. El Ministerio podrá otorgar licencia especial de exploración y explotación a comunidades o grupos indígenas, en los territorios donde estén asentados de acuerdo con las disposiciones de este Código.

Los aportes se otorgarán a establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del Sector Administrativo Nacional de Minas y Energía que tengan entre sus fines la exploración y explotación mineras, de acuerdo con el presente Código.

En ningún caso ni por interpuesta persona, se puede otorgar títulos mineros a gobiernos extranjeros. Se puede hacer a empresas en que aquéllos tengan intereses económicos, siempre y cuando que estas empresas, renuncien a toda reclamación diplomática por causa del título.

NIT.900.500.018-2



Para contestar cite:
Radicado ANM No.: 20171200020131

Página 8 de 8

En los anteriores términos, damos respuesta a su solicitud, aclarando que la presente se emite de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, en la cual se establece que los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Atentamente,

LAURA CRISTINA QUINTERO CHINCHILLA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Anexos: (0)

Copias: (0).

Elaboró: Adriana Motta Garavito. – Abogada Oficina Asesora Jurídica *AM*

Revisó: NA

Fecha de elaboración: 04/02/2017

Número de radicado que responde: 20169040040082

Tipo de respuesta: Total

Archivado en: Oficina Asesora Jurídica