



Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

PROYECTO DE LEY No. _____ DE 2016

**“POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICA EL ARTÍCULO 33 DE
LA LEY 1258 DE 2008”**

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1. Modifíquese el artículo 33 de la Ley 1258 de 2008, el cual quedará así:

ARTÍCULO 33.

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 las juntas de socios o las asambleas 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

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Edificio Nuevo del Congreso Cra. 7 No. 8-68 Oficina: 704
Tel. 3823689- Fax. 3823688

Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

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.

Los aspectos esenciales del acuerdo de fusión abreviada tendrán que ser publicados en un diario de amplia circulación según lo establece la Ley 222 de 1995.

Así mismo habrá lugar a la oposición de la fusión abreviada por parte de los acreedores dentro de los 30 días siguientes al perfeccionamiento de la fusión. Si no se otorgasen las garantías suficientes a favor de los acreedores dentro de este término, los accionistas que hayan aprobado la fusión serán solidariamente responsables por el cumplimiento de estas obligaciones.

PARÁGRAFO. Los aspectos esenciales de la fusión abreviada que describe el presente artículo son aquellos que establece el artículo 174 del Código de Comercio.

Artículo 2. La presente ley regirá a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

DE LOS HONORABLES CONGRESISTAS,

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Edificio Nuevo del Congreso Cra. 7 No. 8-68 Oficina: 704
Tel. 3823689- Fax. 3823688



Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

AUTORA,

ROSMERY MARTÍNEZ ROSALES

COAUTOR

_____	_____
_____	_____
_____	_____
_____	_____

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

**Edificio Nuevo del Congreso Cra. 7 No. 8-68 Oficina: 704
Tel. 3823689- Fax. 3823688**

Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

PROYECTO DE LEY No. _____ DE 2016 “Por medio de la cual se modifica el artículo 33 de la Ley 1258 de 2008”

1. OBJETO DEL PROYECTO DE LEY

El proyecto de ley tiene por objeto modificar el artículo 33 de la ley 1258 de 2008 “*Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada*”. Lo anterior con el propósito de corregir los errores y clarificar las incertidumbres que presenta la fusión abreviada para las Sociedades por Acciones Simplificadas.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

2. ANTECEDENTES JURIDICOS

El objeto de la ley 1258 de 2008 fue la simplificación de las formas asociativas a través de un nuevo tipo societario que hasta la fecha ha tenido gran acogida en el Derecho Continental Europeo y en el Derecho Norteamericano, este nuevo tipo societario denominado Sociedades por Acciones Simplificadas, buscaba agilizar los trámites de constitución, limitar en un alto grado la responsabilidad de los socios, establecer un objeto social indeterminado, entre otras prerrogativas.

Esta nueva forma asociativa tuvo gran éxito también en Colombia, tan es así que para el año 2011, las Sociedades por Acciones Simplificadas constituyeron cerca del 90% del total de las sociedades nuevas matriculadas en las Cámaras de Comercio¹.

Lo anterior se justifica porque este tipo societario es mucho más acorde a la realidad de los negocios que otras formas societarias preexistentes mucho más rígidas y hasta mandadas a recoger.

¹ FELIPE CUBEROS (2012). Sociedades por Acciones Simplificadas, novedades, aciertos y desaciertos. Edit. Universidad Javeriana, Ibáñez y Grupo Bancolombia. Pág. 27. “*Datos tomados del estudio denominado “Perfil económico y jurídico de las S.A.S en su primer año”, publicado por la Cámara de Comercio de Bogotá*”

Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

Sin embargo, debido al dinamismo que esta sociedad trae consigo, se desconocen derechos y expectativas de derecho legítimas que es necesario corregir a través del presente proyecto de ley, particularmente en lo que a la fusión abreviada se refiere.

3. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

El presente proyecto de ley desarrolla principios constitucionales inevitablemente relacionados con el universo societario como lo son el artículo 38 de nuestra Carta fundamental que establece el derecho de libre asociación para el desarrollo de actividades que las personas realizan en sociedad y el artículo 333, relativo al principio de iniciativa privada y la actividad económica.

Desde el ámbito legal el proyecto está circunscrito a la ley 1258 de 2008 para armonizar sus disposiciones normativas en lo que a la fusión se refiere con el Código de Comercio, Decreto Ley 410 de 1971. Lo anterior en aras de salvaguardar y garantizar los derechos de los socios que a la luz de la normativa vigente de las Sociedades por Acciones Simplificadas pueden verse lesionados.

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

4. FUNDAMENTOS JURIDICOS.

El proyecto de ley tiene por objeto corregir uno de los desaciertos más grandes de la ley 1258 de 2008 como lo es la figura de la fusión abreviada contemplada en el artículo 33 de la ley precitada.

La fusión desde un punto de vista genérico según lo reza el artículo 172 del Código de Comercio, es una figura en virtud de la cual, *“una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva”*². Entonces, como puede vislumbrarse de esta definición legal, existen dos clases de fusiones: la fusión por creación y la fusión por absorción.

La fusión por creación como lo indica la Superintendencia de Sociedades, se refiere al escenario en el que *“dos o más sociedades se disuelven y consolidan su patrimonio en una nueva sociedad que las sucede en forma universal en sus derechos y obligaciones”*³. Por su parte, la fusión por absorción es definida por esta misma entidad

² Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Artículo 172.

³ Toando de : <http://www.supersociedades.gov.co/Web/documentos/FUSION%20Y%20ESCISION-bethy%20e-.pdf>

Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

como el escenario en el que *“una o más sociedades incorporan su patrimonio a otra que lo consolida como suyo. En este caso no se disuelve la sociedad absorbente”*⁴.

Cabe anotar que el proceso para cualquier fusión se encuentra contemplado en los artículos 173 y siguientes del Código de Comercio. Sin embargo, se quiere llamar la atención en el artículo 173, puesto que este establece claramente que la fusión, cualquiera que ella sea, deberá ser aprobada por las juntas de socios o las asambleas.

El apartado anterior tiene todo el sentido porque así suene obvio, los socios son dueños de la sociedad, y por lo tanto ellos tienen la facultad de disponer de ella y de percibir de acuerdo a su derecho, parte de las utilidades que esta pueda reportar.

En esa línea, los socios por el solo hecho ostentar esta calidad automáticamente cuentan con derechos económicos y derechos políticos. Los derechos económicos están circunscritos a la participación de las utilidades que se decreten y al reembolso o

⁴ *Ibidem*.

Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

resituación de sus aportes; mientras que los derechos políticos se refieren a la facultad de participar con voz y voto en las asambleas o juntas de socios para tomar las decisiones que comprometen el destino de la sociedad.

Lo anterior para ser claros y enfáticos en señalar que son los socios quienes a través de sus decisiones direccionan y controlan el correcto funcionamiento de la sociedad. No obstante, la ley 1258 de 2008 introdujo a nuestro ordenamiento jurídico una nueva clase de fusión que contradice lo anteriormente expuesto.

Para efectos ilustrativos, transcribimos el artículo 33 de la ley 1258 que consagra la fusión abreviada:

“ARTÍCULO 33. 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

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

como 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 de terceros interesados quienes podrán exigir garantías necesarias y/o suficientes”⁵

Como puede observarse en el inciso primero de la norma en comento, la aprobación de esta nueva clase de fusión es trasladada de los socios a los administradores y los representantes legales. En efecto, este traslado de funciones trae consigo impactos negativos que son menester de estudiar respaldándonos en FELIPE CUBEROS⁶, estos impactos son:

Facultar a los administradores y a los representantes legales de tomar decisiones tan importantes sin ni siquiera contar con la aprobación o autorización de los socios, genera en estos últimos un nivel de incertidumbre inconveniente para el mismo desarrollo de la sociedad. Lo anterior se traduce en que el socio precavido o

⁵ Congreso de la República. Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crean las Sociedades por Acciones Simplificadas. D.O. 47194 de 5 de diciembre de 2008. Art. 33.

⁶ FELIPE CUBEROS (2012). Sociedades por Acciones Simplificadas, novedades, aciertos y desaciertos. Edit. Universidad Javeriana, Ibáñez y Grupo Bancolombia.

Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

temeroso, evitará hacer inyecciones de capital o cualquier otra clase de inversión, toda vez que este no tiene el control absoluto de la sociedad, ya que este es limitado por esta disposición normativa en razón al poder que se le otorga a los administradores y representantes legales.

Confiar en los administradores y los representantes legales la realización de la fusión abreviada conlleva a un supuesto no permisible a la luz del derecho privado como lo es disponer de lo que no les pertenece. En esa medida, los administradores podrán tomar unilateralmente la decisión de realizar una fusión abreviada cuando sus requisitos se cumplan, y como consecuencia, esta decisión tendrá incidencia directa o indirectamente sobre los socios y su sociedad, no sobre los mismos administradores, lo cual resulta excesivamente desproporcional.

Concatenados con el punto anterior, la disposición normativa en comento no establece además una mayor responsabilidad para los administradores al momento de realizar una fusión abreviada. Una decisión tan trascendental para la sociedad por parte de los administradores se encuentra sometida a un régimen de

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

responsabilidad media, lo cual se presta para negligencia y abusos por parte de estos últimos.

De la misma manera, compartimos la posición que sobre el particular tiene autorizada doctrina encabezada por FELIPE CUBEROS quien sostiene lo siguiente *“Pensar que un administrador pueda tranquilamente tomar por sí mismo la decisión de fusionar a la compañía con otra , y que por su parte, el accionista no tenga más remedio que retirarse de la sociedad, como lo veremos después, es a todas luces un despropósito de grandes dimensiones, cuyas consecuencias anticipamos nefastas, sobre todo en empresas donde exista una amplia delegación de poderes en los administradores y una reducida inmediatez de los accionistas frente a decisiones gerenciales”*⁷.

Por otro lado, también se pone en entredicho la utilidad práctica de una indebida redacción en la disposición normativa en estudio. El inciso segundo del artículo 33 de la ley 1258 consagra que durante el proceso de la fusión abreviada los acreedores de la sociedad cuentan con la acción de oposición judicial consagrada en el artículo

⁷ FELIPE CUBEROS (2012). Sociedades por Acciones Simplificadas, novedades, aciertos y desaciertos. Edit. Universidad Javeriana, Ibáñez y Grupo Bancolombia. Pág. 127

Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

175 del Código de Comercio. En efecto, el artículo 175 del Estatuto mercantil dispone que los acreedores de la sociedad absorbida dentro de los treinta días siguientes a la fecha de publicación al acuerdo de fusión, podrán exigir garantías suficientes y satisfactorias para el pago de sus créditos.

Empero, el inciso tercero del artículo 33 también establece que los terceros interesados podrán hacer oposición y exigir garantías necesarias y suficientes para el pago de sus créditos.

Con base a lo anterior, puede vislumbrarse como el artículo 33 de la ley 1258 aumenta el terreno para que no solamente acreedores puedan oponerse al proceso de fusión sino terceros interesados. En cualquier caso, esta expresión se presta para que personas naturales o jurídicas que no sean acreedores de la sociedad absorbida puedan oponerse al proceso de fusión y de esta manera puedan hacerlo más engorroso o dilatarlo.

Precisamente lo anterior es lo que debe evitarse, es decir, los procesos de fusión en cualquiera de su modalidad deben hacerse de la forma más expedita posible, sin requerimientos u obstáculos que

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

hagan más oneroso en términos de tiempo, tramites y dinero el perfeccionamiento de la fusión.

Visto lo anterior, cabe hacer una última apreciación sobre el derecho de retiro a favor de los accionistas que consagra el inciso segundo del artículo 33.

El Derecho de Retiro se encuentra consagrado en el artículo 14 de la ley 222 de 1995. En ella se establece que los socios ausentes o disidentes en la toma de una determinada decisión de la Asamblea o Junta de Socios podrán retirarse de la sociedad, y sus acciones, cuotas o partes de interés se ofrecerán a los demás socios para que estos las adquieran, so pena de ser reembolsadas al socio retirado.

Sin embargo, como ya se ha visto con anterioridad, el procedimiento de fusión abreviada sopesa sobre los administradores y no sobre los socios, lo cual naturalmente significa que estos últimos siempre serán ausentes y no disidentes. En ese sentido, nótese como el artículo 33 cercena el derecho que tienen los socios de participar, oponerse y votar una decisión tan importante para la sociedad, no les queda otra opción legal que adherirse a lo que libremente decidan los administradores o retirarse de la compañía, lo cual es

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

verdaderamente irrazonable y desproporcional. El Derecho de Retiro entonces, queda a medias a la luz del artículo 33.

Estudiado este artículo, podemos afirmar de forma contundente como los derechos políticos estudiados con anterioridad son cercenados en su totalidad para el caso de una fusión abreviada, lo cual afecta directamente a los socios y sus intereses. El presente proyecto de ley entonces propende por restablecer a los socios la facultad de decidir sobre una fusión, tal y como ocurre con el resto de los tipos societarios contemplados en el Código de Comercio según lo dispone su artículo 173 que reza lo siguiente:

*“ARTÍCULO 173. APROBACIÓN Y CONTENIDO DE LA FUSIÓN DE SOCIEDAD. **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 (...)”⁸ (NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO ORIGINAL).*

5. CONCLUSIÓN

⁸ Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Artículo 172.

Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

Con base a los argumentos esgrimidos en las páginas precedentes y adhiriéndonos a las proposiciones de FELIPE CUBEROS⁹, el artículo 33 de la ley 1258 de 2008 presenta serios vacíos e incertidumbres en perjuicio de los socios y la misma teoría general de las sociedades. Razón por la cual, el presente proyecto de ley busca reformar este artículo para devolver a las Asambleas o Juntas de Socios la facultad de decidir sobre la procedencia o no de una fusión abreviada, y soslayar el término “terceros interesados” para agilizar los trámites de la fusión abreviada, de tal forma que solo sobre los acreedores descansa de forma exclusiva y excluyente la acción de oposición judicial.

Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, pongo en consideración del H. Congreso de la República este proyecto de ley.

DE LOS HONORABLES CONGRESISTAS

AUTORA,

⁹ FELIPE CUBEROS (2012). Sociedades por Acciones Simplificadas, novedades, aciertos y desaciertos. Edit. Universidad Javeriana, Ibáñez y Grupo Bancolombia.



Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

ROSMERY MARTÍNEZ ROSALES

COAUTOR

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

**Edificio Nuevo del Congreso Cra. 7 No. 8-68 Oficina: 704
Tel. 3823689- Fax. 3823688**

Honorable Senadora Rosmery Martínez Rosales

<hr/>	<hr/>

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA