**FIGURAS Y REFORMAS ESTATUTARIAS – Fusión – Tipologías**

Fusión: Es una figura tiene cuatro tipologías a saber: i) por absorción: una o más sociedades se “disuelven” sin “liquidarse” para ser absorbidas por otra existente; ii) por creación: una o más sociedades se “disuelven” sin “liquidarse” para ser absorbidas por otra nueva; iii) impropia: una sociedad se “disuelve” sin el propósito de realizar una fusión sino de “liquidarse” y antes de la liquidación se toma la decisión de crear una sociedad; iv) abreviada: solo aplica cuando una Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.) pertenece a otra sociedad en más del 90% de sus acciones, y es posible que esa sociedad controlante absorba a la S.A.S, es decir, que ocurra una fusión por absorción.

**FIGURAS Y REFORMAS ESTATUTARIAS – Efectos – Deberes – Obligaciones**

El Consejo de Estado ha establecido como requisitos de la cesión del contrato estatal los siguientes: i) debe recaer en un tercero; ii) el cesionario debe tener capacidad jurídica para continuar con la ejecución del objeto contractual y no estar incurso en alguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar y; iii) el cesionario debe contar con capacidad técnica, económica y financiera suficientes para el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato cedido. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho que, en la medida que el tercero cesionario asume la posición contractual del contratista cedente, las disposiciones, los pliegos de condiciones y el contrato mismo serán aplicables a quien asuma la nueva posición contractual, por lo cual, tanto las capacidades jurídicas, económicas y técnicas exigidas al contratista cedente serán también exigidas al cesionario.

**FORMA DE PAGO – Contrato estatal – Autonomía de la voluntad**

Se debe acudir a lo establecido en el inciso 3° del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en donde se señala que las entidades podrán incluir las modalidades, condiciones y en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución y la ley, al orden público y a los principios y finalidades de la ley y a los de buena administración, En este orden de ideas, las entidades sometidas al EGCAP gozan de autonomía para configurar y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento jurídico.

Bogotá D.C., 14 Mayo 2024



Señora

**Diana Clavijo** [anelim.clavijodiaz@gmail.com](mailto:anelim.clavijodiaz@gmail.com) Bogotá D.C

# Concepto C – 086 de 2024

**Temas:** FIGURAS Y REFORMAS ESTATUTARIAS–Fusión– Tipologías / FIGURAS Y REFORMAS ESTATUTARIAS –

Efectos – Deberes – Obligaciones / CESIÓN – Régimen jurídico – Requisitos / FORMA DE PAGO – Contrato estatal – Autonomía de la voluntad

**Radicación:** Respuesta a consulta con radicado No. P20240327003261

Estimada señora Clavijo:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 27 de marzo de 2024.

# Problema planteado

Usted formula la siguiente consulta, sobre las figuras y reformas estatutarias en particular la fusión por absorción, entre otros temas de la siguiente manera:

“¿si en el marco de la ejecución de un contrato estatal, la empresa contratista se fusiono por absorción se debe realizar la cesión a la empresa absorbente? En ese caso de ser negativa o positiva la respuesta, según corresponda, ¿A quién se deberán realizar los pagos que se generen en el marco de la ejecución contractual?, Igualmente, teniendo en cuenta que el contratista inicial se contrató de manera directa en virtud de contar con los derechos patrimoniales de lo contratado, se deberá liquidar el contrato y adelantar un proceso de selección diferente? e fusión, el contratista se contrató por medio de contratación directa en virtud de contar con los derechos patrimoniales ? ¿puede un contratista exigir que el pago correspondiente se realice a través de tarjeta de crédito? y en caso de que la entidad no cuente con este medio de pago, que se realice a través de uno de sus funcionarios? […]” (SIC)

# Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: (i) figuras y reformas estatutarias en particular la fusión por absorción, (ii) la cesión del contrato estatal, (iii) contratos estatales suscritos por la sociedad reformada, y (iv) autonomía de la voluntad para establecer la forma de pago del contrato estatal.

Referente a las figuras y reformas estatutarias de las personas jurídicas, ha sido objeto de un número importante de consultas en las que esta Subdirección de la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente, se ha encargado de estudiar diversas y variadas implicaciones de los efectos de estas reformas estatutarias, muestra de ello son los conceptos C-343 del 12 de febrero de 2021, C-440 del 02 de septiembre de 2021, C-820 del 29 de noviembre de 2022, C-121 del 12 de mayo de 2023, y C-005 del 29 de febrero de 2024, entre otros[[2]](#footnote-3). Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

* 1. **Figuras y reformas estatutarias: fusión por absorción**

Frente a las figuras y reformas estatutarias de las personas jurídicas, es importante precisar la *transformación, escisión y fusión,* de acuerdo con lo establecido en la normatividad comercial, de la siguiente manera:

* + 1. Transformación: Es una reforma a los estatutos de una sociedad comercial, en la cual se detalla la naturaleza jurídica, composición, estructura, capital, entre otros, con el propósito de transformar o cambiar la forma o tipo societario que adoptó, como sociedad anónima, limitada, en comandita, etc. Es decir, si una sociedad se crea como sociedad de responsabilidad limitada y, sin “disolverse”, decide adoptar la figura de sociedad anónima, lo podrá hacer mediante una reforma estatutaria, sin que se interrumpa la continuidad de la sociedad comercial o persona jurídica[[3]](#footnote-4). Es importante destacar que en esta reforma estatutaria solo participa la sociedad involucrada, y no existen otras sociedades que se relacionen o intervengan, lo cual diferencia la transformación de otras reformas o figuras.

Respecto de las consecuencias jurídicas, teniendo en cuenta que la sociedad solo cambia su forma, lo cual, de acuerdo con el Código de Comercio, no afecta sus actividades, la sociedad continuará con la experiencia adquirida, ya que la misma es personal y mientras la persona jurídica exista la experiencia sigue vigente y puede incrementarse, siempre que la empresa continúe ejecutando contratos que le permitan aumentar el conocimiento en su objeto social. Esto se reafirma teniendo en cuenta que en la transformación la norma señala expresamente que la sociedad no se “disuelve” y, por ende, tampoco se “liquida”, porque, de acuerdo con el artículo 222 del Código de Comercio, para “liquidarse” necesita estar “disuelta”. De esta manera, solo cambia el tipo societario que había adoptado en su constitución, es decir, no sufre modificaciones o alteraciones y por eso puede continuar adquiriendo experiencia y compartirla, pero no puede trasladarla, porque para ello tendría que “disolverse” –o conformar un consorcio–, como se verá en la fusión y en una de las modalidades de escisión.

* + 1. *Escisión:* Es una figura con dos modalidades reguladas entre los artículos 3 y 11 de la Ley 222 de 1995. La primera modalidad conocida como *escisión parcial*, regulada por el numeral 1 del artículo 3 de la referida ley, se refiere acuerdos en el marco de los cuales la sociedad escindente no se *“disuelve”* ni se *“liquida”*, es decir, permanece sin modificaciones ni reformas, pero fracciona su patrimonio para transferir una o varias partes, a una o varias sociedades existentes o por crearse. En este caso, la escisión se refiere al patrimonio de la sociedad sin incluir ningún otro aspecto, lo cual significa que la sociedad continúa con un patrimonio reducido debido al fraccionamiento, pero no existe ninguna otra implicación para la persona jurídica, como su desaparición por *“disolverse”* o *“liquidarse”*, de acuerdo con lo mencionado sobre estos conceptos.

La segunda modalidad, estipulada en el numeral 2 del artículo 3 de la Ley 222 de 1995, conocida como *escisión total* se refiere a un acuerdo en el marco del cual una sociedad se *“disuelve”* sin *“liquidarse”*, lo que supone una reforma social –lo cual no ocurre con la primera modalidad–, que implica un fraccionamiento del patrimonio con el mismo fin.[[4]](#footnote-5) Como se observa, participa una sociedad y otra, u otras, que reciben el patrimonio de la sociedad disuelta.

* + 1. *Fusión:* Es una figura tiene cuatro tipologías a saber: i) por absorción: una o más sociedades se “disuelven” sin “liquidarse” para ser absorbidas por otra existente; ii) por creación: una o más sociedades se “disuelven” sin “liquidarse” para ser absorbidas por otra nueva[[5]](#footnote-6); iii) impropia: una sociedad se “disuelve” sin el propósito de realizar una fusión sino de “liquidarse” y antes de la liquidación se toma la decisión de crear una sociedad[[6]](#footnote-7); iv) abreviada: solo aplica cuando una Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.) pertenece a otra sociedad en más del 90% de sus acciones, y es posible que esa sociedad controlante absorba a la S.A.S, es decir, que ocurra una fusión por absorción[[7]](#footnote-8). La norma no se refiere a la “disolución de la S.A.S”, lo cual no implica que no exista fusión, sino que es abreviada porque no se requiere configurar el estado de “disolución” de la sociedad.

Para analizar la fusión y sus efectos, en particular la figura enunciada en el literal “*i. por absorción”*, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 172 del Código de Comercio, que reza de la siguiente manera: “*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*.”[[8]](#footnote-9) (Subrayas fuera de texto)

Ahora bien, la fusión se perfecciona únicamente cuando la escritura que contiene el acuerdo se inscriba en el registro mercantil del domicilio de la sociedad, de conformidad con los requisitos que señala el artículo [158](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio_pr004.html#158) del Código de Comercio para las reformas del contrato de sociedad.

*“Toda reforma del contrato de sociedad comercial deberá reducirse a escritura pública que se registrará como se dispone para la escritura de constitución de la sociedad, en la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma. Sin los requisitos anteriores la reforma no producirá efecto alguno respecto de terceros. Las reformas tendrán efectos entre los asociados desde cuando se acuerden o pacten conforme a los estatutos.[[9]](#footnote-10)*

Entre las diferentes implicaciones de un proceso de tal naturaleza puede concluirse que se genera la modificación al contrato social, la disolución de la sociedad sin implicar liquidación de su patrimonio social y absorción de los derechos y obligaciones de las demás sociedades por parte de la absorbente.

Teniendo en cuenta la figura de fusión por absorción, se pasará a revisar lo concerniente a la cesión del contrato estatal, figura que ha sido revisada por parte de la Agencia en el concepto C-551 de 2020 y C-385 de 2021, que complementan el presente escrito de la siguiente manera:

# Cesión del contrato estatal

La cesión de los contratos, prevista en los artículos 887 y siguientes del Código de Comercio, juega un papel importante en la gestión de los intereses patrimoniales de los sujetos de derecho privado, ya que –a diferencia de la regulada en los artículos 1959 y siguientes del Código Civil– facilita el tráfico jurídico tanto de los derechos como de las obligaciones surgidas con ocasión del acuerdo de voluntades, lo que permite su transferencia total o parcial a terceros como negocio generador de riqueza[[10]](#footnote-11).

La cesión del contrato puede entenderse como un acto y como un efecto. Por un lado, “[…] es el contrato con el cual el cedente, parte de otro contrato ya en curso con otro sujeto (cedido), transfiere la relativa posición contractual (en sus componentes activos y pasivos) al cesionario, el cual le subentra (sic) en la relación con el cedido […]”[[11]](#footnote-12). Por otro, “[…] es la transferencia de la posición contractual de un contratante a otro sujeto, que le subentra (sic) en la relación con la contraparte […]”[[12]](#footnote-13). En la cesión, concurren tres sujetos: i) el cedente, esto es el contratista inicial, ii) el cesionario quien asume el contrato y iii) el cedido que es la administración e imparte la autorización. Por tanto, la cesión de una posición contractual es una figura jurídica que permite que terceros ajenos a los contratantes iniciales participen en negocios que se están ejecutando cuando no se hayan cumplido la totalidad de las obligaciones, permitiendo que sea este tercero el que cumpla las obligaciones contractuales faltantes. En efecto:

[…] cuando lo que se cede (o asume) es un contrato, el punto de partida es la presencia de uno o varios créditos y otras tantas obligaciones, entrelazadas en términos de correlatividad y consideradas, tratadas y dispuestas como una unidad, o sea: el objeto de la operación es el traspaso simultáneo de unos créditos y de las obligaciones recíprocas, surgidos a una de un mismo contrato, por parte de uno de los contratantes a un tercero, esto es, en últimas, la transferencia de una posición o relación contractual, cuyo resultado es la sustitución de una de las partes (acreedora- deudora) […][[13]](#footnote-14).

Es importante precisar que, tal y como lo ha dicho el Consejo de Estado[[14]](#footnote-15), la cesión del contrato resulta ser distinta a la simple cesión de créditos, por cuanto para que ocurra la primera es necesario tener en cuenta que lo que se trasmite, entre cedente y cesionario, es la posición contractual, lo que conlleva la transmisión de un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas o correlativas.[[15]](#footnote-16)

Ahora bien, en materia de contratación estatal, por virtud de lo previsto en los artículos 13, 32 y 40, entre otros, de la Ley 80 de 1993, confluyen en su regulación distintos ordenamientos normativos. En efecto, (i) los contratos estatales se regirán por las normas comerciales y civiles pertinentes, salvo en lo concerniente a las materias particularmente reguladas en dicha ley, de acuerdo con lo prescrito en el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, por tanto deben observarse en primer término las disposiciones establecidas en el EGCAP; (ii) corresponderán como actos jurídicos bilaterales generadores de obligaciones, entre otros, a los previstos en el derecho privado, en los términos del artículo 32 ibidem; y (iii) contendrán las estipulaciones que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza, conforme a lo dispuesto por el artículo 40 del mismo cuerpo normativo. En este sentido, el EGCAP prevé específicas disposiciones relativas a la figura de la cesión contractual, de lo cual se infiere que si bien, en principio, resultan aplicables las normas del Código de Comercio relativas a la cesión del contrato contenidas en sus artículos 887 y siguientes, lo cierto es que dicha aplicación procede ante la ausencia de norma que de manera particular regule el asunto frente a la categoría especial del contrato estatal.

Igualmente, el Consejo de Estado ha establecido como requisitos de la cesión del contrato estatal los siguientes: i) debe recaer en un tercero; ii) el cesionario debe tener capacidad jurídica para continuar con la ejecución del objeto contractual y no estar incurso en alguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar y; iii) el cesionario debe contar con capacidad técnica, económica y financiera suficientes para el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato cedido. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho que, en la medida que el tercero cesionario asume la posición contractual del contratista cedente, las disposiciones, los pliegos de condiciones y el contrato mismo serán aplicables a quien asuma la nueva posición contractual, por lo cual, tanto las capacidades jurídicas, económicas y técnicas exigidas al contratista cedente serán también exigidas al cesionario[[16]](#footnote-17).

Lo anterior en el entendido de que: “[ … ] el proceso de cesión del contrato y las exigencias que se le impongan al tercero, no pueden alterar ni burlar los procedimientos de selección del contratista, en otras palabras, la figura de la cesión de contrato no puede servir como instrumento para desviar las obligaciones que tiene la entidad contratante de cumplimiento de los parámetros de la selección objetiva […]”[[17]](#footnote-18).

Por lo tanto, la entidad estatal en el trámite de autorización de una cesión de posición contractual está obligada a respetar y dar cabal cumplimiento a los principios y normas rectoras de la contratación pública que resulten aplicables al proceso de contratación, entre otros, los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad. En otros términos, so pretexto de una cesión contractual, no pueden vulnerarse las reglas y principios de la contratación estatal.

* 1. **Contratos estatales suscritos por la sociedad reformada**

Seguidamente, para responder a las cuestiones que son objeto de la consulta se debe n analizar cuáles son los efectos que se desprenden de las reformas estatutarias realizadas a título de fusión, para así determinar sus implicaciones respecto del cumplimiento de las obligaciones que derivan de los contratos estatales suscritos por las sociedades reformadas tanto p a r a estas, como para la entidad estatal. Referente a los acuerdos de fusión de acuerdo con lo previsto en el artículo 172 del Código de Comercio, generan la transferencia patrimonial en bloque, solo que, en este supuesto, esta se produce desde una sociedad que se disuelve hacia la que la absorbe o compañía que se crea en virtud de la fusión. Esta transferencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 178 del estatuto comercial, opera ipso iure a título universal, por lo que los derechos y obligaciones se transmiten uno actu, sin la necesidad de novación. Esto implica que, las posiciones contractuales ostentadas por la sociedad absorbida pasen a ser asumidas por la sociedad absorbente o la empresa nueva que emerge de la fusión, quienes quedarían obligadas por tales negocios jurídicos.

Ahora bien, respecto a la situación de los contratos estatales, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, en donde se dispone que una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante; frente a lo cual hay una particular situación para la sociedad absorbente o la sociedad creada para que esta pase a ocupar la posición contractual, ya que podría entenderse que no es indispensable la autorización de la entidad estatal teniendo en cuenta el efecto que tiene la nueva persona jurídica de adquirir los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.

Esta postura resulta razonable no solo por el carácter intuito personae de los contratos estatales. Ahora bien, de este tipo de situaciones es dable establecer dentro del contrato, una serie de cláusulas que conduzcan a la comunicación a la entidad estatal de lo sucedido, tal como lo sugiere el numeral VII de la “ Guía de Asuntos Corporativos en los Procesos de Contratación”[[18]](#footnote-19), puede considerarse la inclusión de “ [ … ] cláusulas contractuales que obliguen a comunicar si durante la ejecución del contrato se presenta la fusión o escisión del contratista persona jurídica, obligación que será exigible sin perjuicio de los procedimientos legales de publicidad aplicables a tales procesos”.

En todo caso, la transferencia patrimonial ipso iure a la que dan pie estas figuras, si compromete a las sociedades subsistentes, quienes vendrían a ser titulares de los derechos y obligaciones que derivan del contrato estatal, así como responsables por los eventuales incumplimientos, independientemente de si continúan ejecutándolo con la anuencia de la entidad estatal contratante.

Hechas las anteriores consideraciones, no es posible concluir sin aclarar que los efectos específicos de las diferentes reformas estatutarias respecto de los contratos suscritos por las sociedades reformadas deben ser estudiados y precisados por cada entidad estatal de acuerdo con el alcance de las disposiciones sociales del acuerdo societario y las condiciones del contrato estatal.

# Autonomía de la voluntad para establecer la forma de pago del contrato estatal

Referente a la forma de pago, se debe tener en cuenta que esta figura no se encuentra expresamente regulada en el EGCAP, razón por la cual las entidades cuentan con cierta discrecionalidad para establecer las condiciones referentes a la forma de pago teniendo como fundamento la remisión establecida en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en el cual se indica que los contratos que celebren las entidades se regirán por las disposiciones civiles y comerciales; ahora bien, teniendo en cuenta que la figura de pago, es una de las formas en que se extinguen las obligaciones y tiene un régimen legal concentrado y difuso a su vez, ya que se encuentra regulado de forma general entre los artículos 1626 y 1686 del Código Civil y entre el 873 y 886 del Código de Comercio, pero a su vez, es difuso debido a que existen reglas especiales, como la clasificación de la obligaciones entre los artículos 1527 y 1590 del Código Civil; de estos diversos enunciados normativos, se encuentra que para la normatividad civil el pago se refiriere al cumplimiento o la forma de extinguir una obligación.

La doctrina especializada ha entendido a esta figura como “pagar es ejecutar la prestación misma a que uno estaba obligado, consista esa prestación en la entrega de una suma de dinero o de un cuerpo cierto, en un hecho o en una abstención.”[[19]](#footnote-20); a su vez Hinestrosa en su *tratado de obligaciones*, señala respecto del pago, lo siguiente:

“Indistintamente, tanto en el lenguaje técnico como en el corriente, se dice pagar, solucionar, cumplir, cancelar, satisfacer una obligación, para significar la ejecución de la prestación por parte del deudor y, más ampliamente, la satisfacción del acreedor. Pago (de pacare = satisfacer, pacificar, aplacar) o solución es la ejecución de la prestación debida, cualquiera que sea la clase

de la obligación, aun cuando en el habla usual el pago se refiere más a las obligaciones de entregar y, dentro de ellas, más concretamente, a las pecuniarias: pago = cancelar una deuda, usualmente, una obligación de dinero.”[[20]](#footnote-21)

De acuerdo con lo anterior, se puede indicar que el pago o cumplimiento, llamado también solución, que son expresiones equivalentes, se refiere a la satisfacción de un débito, independientemente de su origen o naturaleza. Por tanto, se puede entender que este modo, es uno de los caminos para extinguir una obligación.

Ahora bien, una vez precisada la figura de pago, se debe acudir a lo establecido en el inciso 3° del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en donde se señala que las entidades podrán incluir las modalidades, condiciones y en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución y la ley, al orden público y a los principios y finalidades de la ley y a los de buena administración. En este orden de ideas, las entidades sometidas al EGCAP gozan de autonomía para configurar y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento jurídico.

# Respuestas

“¿si en el marco de la ejecución de un contrato estatal, la empresa contratista se fusiono por absorción se debe realizar la cesión a la empresa absorbente? En ese caso de ser negativa o positiva la respuesta, según corresponda, ¿A quién se deberán realizar los pagos que se generen en el marco de la ejecución contractual?, Igualmente, teniendo en cuenta que el contratista inicial se contrató de manera directa en virtud de contar con los derechos patrimoniales de lo contratado, se deberá liquidar el contrato y adelantar un proceso de selección diferente? e fusión, el contratista se contrató por medio de contratación directa en virtud de contar con los derechos patrimoniales ? ¿puede un contratista exigir que el pago correspondiente se realice a través de tarjeta de crédito? y en caso de que la entidad no cuente con este medio de pago, que se realice a través de uno de sus funcionarios? […]” (SIC)

Frente al primer interrogante, de acuerdo con lo expuesto, si en el marco de la ejecución la persona jurídica que tiene el vínculo contractual con la entidad pública se fusiona en virtud de lo establecido en el artículo 172 del Código de Comercio y de las estipulaciones particulares de la reforma estatutaria, generando la transferencia patrimonial en bloque, desde una sociedad que se disuelve hacia la que la absorbe o compañía que se crea en virtud de la fusión. Esta transferencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 178 del estatuto comercial[[21]](#footnote-22), opera *ipso iure* a título universal, por lo que los derechos y obligaciones se transmiten *uno actu,* sin la necesidad de novación[[22]](#footnote-23)*.* Esto implica que, las posiciones contractuales ostentadas por la sociedad absorbida pasen a ser asumidas por la sociedad absorbente o la empresa nueva que emerge de la fusión, quienes quedarían obligadas por tales negocios jurídicos.

En ese sentido, como la sociedad absorbente o la sociedad creada pasa a ocupar la posición contractual podría entenderse que no es indispensable la autorización de la entidad estatal teniendo en cuenta el efecto que tiene la nueva persona jurídica de adquirir los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.

Frente al segundo interrogante, se puede afirmar que respecto a los derechos y obligaciones que surgen con la persona jurídica que ocupa la nueva posición contractual, es pertinente indicar que esta sería la titular de los derechos y obligaciones que derivan del contrato estatal, así como responsables por los eventuales incumplimientos; por lo que en caso de surgir pagos o reconocimientos económicos frente a la ejecución del contrato, se deberán realizar a la sociedad absorbente quien sería la que tendría la vinculación contractual con la entidad pública.

Respecto al tercer interrogante, frente a la condición *intuito personae* que determina la celebración del contrato inicial, en virtud de contar con los derechos patrimoniales de lo contratado, como se indica en la consulta, es pertinente señalar que las posiciones contractuales ostentadas por la sociedad absorbida pasen a ser asumidas por la sociedad absorbente o la empresa nueva que emerge de la fusión, quienes quedarían obligadas por tales negocios jurídicos. Esta transferencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 178 del estatuto comercial[[23]](#footnote-24), opera *ipso iure* a título universal, por lo que los derechos y obligaciones se transmiten *uno actu,* sin la necesidad de novación, por lo que no afectaría la condición inicial que dio origen al contrato.

Finalmente, frente al cuarto interrogante, es pertinente indicar que la entidad contratante, tiene la autonomía para incluir las modalidades, condiciones y en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes para la forma de pago. Dicho de otro modo, hace parte de los estudios previos la definición del esquema que la entidad usará para estipular la forma de pago que será establecida posteriormente en el contrato. Por lo que al ser una condición que debe ser establecida contractualmente, las partes deben acordar la forma de pago y será la forma en la que se realizarán los respectivos reconocimientos económicos, siendo esta la que se resultaría exigible por parte del contratista, cualquier modificación que se requiera de esta cláusula deberá tener la respectiva justificación y aprobación por las partes, por lo que las entidades sometidas al EGCAP gozan de autonomía para configurar y para establecer el sistema de pago más apropiado para satisfacer los fines de la contratación, respetando los límites previstos en el ordenamiento jurídico.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



Elaboró: Gustavo Hinestroza Martínez

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Ximena Ríos López

Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “ absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública". Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-2)
2. Estos conceptos pueden ser consultados en: [https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos#](https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos) [↑](#footnote-ref-3)
3. Código de Comercio: “Artículo 167. Reforma de contrato social por transformación de sociedad. Una sociedad podrá, antes de su disolución, adoptar cualquiera otra de las formas de la sociedad comercial reguladas en este Código, mediante una reforma del contrato social.

   La transformación no producirá solución de continuidad en la existencia de la sociedad como persona jurídica, ni en sus actividades ni en su patrimonio”. [↑](#footnote-ref-4)
4. Ley 222 de 1995: “Artículo 3. Modalidades. Habrá escisión cuando:

   1. Una sociedad sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades.
   2. Una sociedad se disuelve sin liquidarse, dividiendo su patrimonio en dos o más partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creación de nuevas sociedades.

   La sociedad o sociedades destinatarias de las transferencias resultantes de la escisión, se denominarán sociedades beneficiarias.

   Los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las Sociedades beneficiarias en la misma proporción que tengan en aquélla, salvo que por unanimidad de las acciones, cuotas sociales o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios de la escindente, se apruebe una participación diferente”.

   [↑](#footnote-ref-5)
5. Código de Comercio: “Artículo 172. Fusión de la sociedad-concepto. 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”. [↑](#footnote-ref-6)
6. Código de Comercio: “Artículo 180. Formación de nueva sociedad que continua negocios de la disuelta. Lo dispuesto en esta Sección podrá aplicarse también al caso de la formación de una nueva sociedad para continuar los negocios de una sociedad disuelta, siempre que no haya variaciones en el giro de sus actividades o negocios y que la operación se celebre dentro de los seis meses siguientes a la fecha de disolución” [↑](#footnote-ref-7)
7. Ley 1258 de 2008: “ 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 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”. [↑](#footnote-ref-8)
8. Código de Comercio, Articulo 172. [↑](#footnote-ref-9)
9. Código de Comercio, Articulo 158. [↑](#footnote-ref-10)
10. El artículo 887 del Código de Comercio dispone: “ En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.

    “La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuito personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido”

    En contraste, el artículo 1959 del Código Civil prescribe que “La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título.

    “Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento.” [↑](#footnote-ref-11)
11. ROPPO, Vincenzo. El contrato. Lima: Gaceta Jurídica, 2009. p. 547. [↑](#footnote-ref-12)
12. Ibidem. [↑](#footnote-ref-13)
13. HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones: concepto, estructura y vicisitudes. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 357. [↑](#footnote-ref-14)
14. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 31 de mayo de 2016, Rad. 34586, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-15)
15. Para ahondar sobre la figura de la cesión de la posición contractual, cesión de créditos y figuras similares como la novación y la subrogación, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 18 de diciembre de 2019, Rad. 2010-00358-01, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. En el mimo sentido, el Consejo de Estado ha diferenciado a la cesión de la figura de la subcontratación, entre otras, en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 6 de julio de 2020, Rad. 49272, M.P. Alberto Montaña Plata. [↑](#footnote-ref-16)
16. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de marzo de 2015, Rad. 1999-03028, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-17)
17. Ibid. [↑](#footnote-ref-18)
18. https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_guia\_asuntos\_corporativos.pdf [↑](#footnote-ref-19)
19. JOSSERAND, Louis. Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé. Paris, Goufray. 1929 [↑](#footnote-ref-20)
20. HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones: concepto, estructura y vicisitudes. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 357. [↑](#footnote-ref-21)
21. [↑](#footnote-ref-22)
22. [↑](#footnote-ref-23)
23. [↑](#footnote-ref-24)