

220-21987, mayo 30 de 1998

Ref : La escisión

Aviso recibo de su comunicación radicada en esta Entidad con el número 260.701-0, mediante la cual formula tres interrogantes que serán respondidos en el orden en que fueron planteados, previas las siguientes consideraciones :

LA ESCISION:

Antecedentes Normativos en Colombia:

La figura de la escisión fue propuesta en el proyecto del Código de Comercio de 1958, la cual no tuvo acogida.

Su mención legal la encontramos en el artículo 75 del decreto 1026 de 1990 sobre emisión de bonos. Luego hubo un acercamiento a ella en la ley 45 de 1990, decreto 1730 de 1991, la ley 35 de 1993 y el decreto 663 de 1993, este último en su artículo 67 establece la escisión para las entidades financieras que están vigiladas por la Superintendencia Bancaria. El Estatuto Tributario, Ley 6a. de 1992, reguló esta institución en su artículo 14-2, que se ocupa de los efectos tributarios de la escisión.

En esta Superintendencia se aplicaban las normas de la fusión por analogía, luego, consciente de la importancia de la escisión, participó activamente en el estudio y preparación de un proyecto de ley que la consagró legalmente en el artículo 3o. Capítulo II de la Ley 222 de 1995 mediante la cual se reformó el libro II del Código de Comercio□,,,

Definición

La escisión es una herramienta de organización empresarial, que sirve para la reorganización de las empresas mediante la transformación de la estructura financiera, económica, jurídica y corporativa; transfiriendo en bloque una o varias partes del patrimonio de una sociedad a una o más sociedades preexistentes o constituidas a raíz de esta operación, integrándose los socios a la sociedad beneficiaria.

La Ley 222 de 1995 en su artículo 3o. introdujo esta figura en el ordenamiento mercantil, en los siguientes términos :

Artículo 3o. :

□Habrà 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 o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios de la escidente, se apruebe una participación diferente□.

De la norma transcrita se puede afirmar que la escisión consta de dos elementos constitutivos, uno que atiende al patrimonio de la sociedad escindida y otro que se ocupa de los socios de ella, veamos:

1.- Traspaso en bloque de una o varias partes de patrimonio de la sociedad escidente a la sociedad beneficiaria

2.- Retribución del aporte de los socios de la escidente, correspondiente a la parte patrimonial que se desprende de la sociedad y su integración a la (s) sociedad (es) beneficiarias.

Observemos que es mandato imperativo la incorporación de los socios de la sociedad escindida en la escidente ; no obstante, el máximo órgano social, puede aprobar que uno o varios socios no se integren a la beneficiaria o por el contrario se desprendan totalmente de la escindida y participen solamente en la beneficiaria, siempre que se otorgue a cada socio la participación correspondiente a la que tenía antes de efectuarse la escisión. En caso de que con motivo de la escisión se presente un perjuicio para algún socio, le asiste el derecho de retiro.

Derecho de retiro :

Mediante la Ley 222 de 1995 se introdujo el derecho de retiro que está estipulado en sus artículos 13 a 17.

Cuando con ocasión de la escisión se presente una desmejora en sus derechos patrimoniales o adquiera una responsabilidad mayor a la que tenía en el tipo societario de la escindida, el socio puede hacer uso del derecho de retiro, siempre que haya estado ausente o hubiera sido disidente al momento de adoptar la decisión de escindir la sociedad,

Competencia de esta Entidad para autorizar la escisión:

La Ley 222 de 1995 en su artículo 84 establece la vigilancia como... la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos....

Con base en esta facultad, en el numeral 7o. del artículo citado, se establece como función de esta Entidad la de ... Autorizar las reformas estatutarias consistentes en fusión y escisión.....

Por lo tanto, cuando una o varias de las sociedades que participen en la escisión, estén sometidas a la vigilancia de esta Entidad, requiere autorización previa de este Organismo.

En cuanto a su consulta, se observa que formula tres interrogantes, partiendo en todos ellos de la misma premisa que plantea en los siguientes términos :

Configura escisión, en los términos del Artículo 3o de la Ley 222 de 1995, cuando una sociedad (A), sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una sociedad (B)

Analizada esta premisa a la luz de la Ley 222 de 1995 artículo 3o. tenemos que en él se consagra como primer elemento para que exista escisión que una sociedad, sin disolverse o disolviéndose pero sin liquidarse, **transfiera en bloque una o varias partes de su patrimonio**, a una o varias sociedades pre-existentes o que se constituyen con ocasión de la operación.

Teniendo en cuenta que los tres casos planteados en su oficio parten de esta situación, se puede afirmar que cumplen con el primer presupuesto para que se dé la escisión.

Como se dijo anteriormente, como segundo presupuesto legal se consagró el derecho para los socios de la sociedad escindida, de recibir la retribución de la parte de sus aportes y su integración a la sociedad beneficiaria. Por lo tanto, para saber si en los casos planteados en su escrito se presenta la escisión, es necesario examinarlos, a fin de determinar si se da este segundo presupuesto legal.

Para ello se debe tener en cuenta que la sociedad A es la que se va a escindir y B es la sociedad beneficiaria y respecto de esta última (B), se plantean variaciones en los siguientes términos :

1o).- Cuando la sociedad B es pre-existente y su capital es de propiedad de A junto con sus subsidiarias, qué sucede si se aprueba que no se transfieren acciones o cuotas de participación a los socios de la sociedad A por cuanto se establece que estos participarán indirectamente en el capital de la sociedad B a través de su participación en el capital de la sociedad A ?

Respecto del reparto entre los socios de la sociedad escidente, de las partes de interés, cuotas o acciones producto de la escisión, el artículo 4o. de la citada Ley 222 ordena que el proyecto de escisión deberá contener por lo menos...5.- El reparto entre los socios de la sociedad escidente, de las cuotas, acciones o partes de interés que les corresponderán en las sociedades beneficiarias, con explicación de los métodos de evaluación utilizados.

Por lo tanto, estando contenida esta exigencia en una norma imperativa, es de obligatorio cumplimiento para los particulares, en consecuencia los socios de A deberán recibir la parte de capital correspondiente al proceso de escisión, salvo la regla contenida en el inciso final del artículo 3o. que ya comentamos, que permite variar la proporción de la participación de los socios de la escidente en el capital de la sociedad beneficiaria, pero que en modo alguno da lugar a suprimir el derecho de los socios a recibir a participación en el capital.

toda vez que una retribución indirecta como la planteada en su comunicación estaría desconociendo sus derechos.

Analicemos la situación que se presenta en el caso planteado :

El capital de B es de propiedad de A y sus subsidiarias (no de los socios de éstas), con la escisión entran los socios de A a formar parte B como sus socios, por las siguientes razones :

a).- A la sociedad escidente se le disminuye su capital en la parte correspondiente al patrimonio que se transfiere a la beneficiaria.

b).- Los socios de A (sociedad escidente) disminuyen su participación en el capital A, en forma proporcional a la parte o partes de patrimonio que se transfiere a B.

C) - Los socios de A deben devolver a la sociedad los títulos de las acciones correspondientes a la parte de capital que se disminuye, para que sean anulados. Tratándose de sociedades por cuotas o partes de interés también se disminuye su participación, por lo tanto se presenta una reforma a la cláusula de capital y se debe modificar en el registro mercantil la composición del capital social y su disminución.

d).- Los socios de A deben recibir como compensación a la disminución que soportan, las acciones, cuotas o partes de interés que les correspondan en la sociedad B, pues de lo contrario, estarían donando la parte del capital que les corresponde, capital que debe quedar en cabeza de un nuevo propietario.

En conclusión, en este caso no se presenta escisión por faltar el segundo elemento constitutivo, ya que por expreso mandato legal los socios de la compañía A deben recibir su participación en B e integrarse a ella, y el hecho de que en el capital de B participen subsidiarias de A, no altera la participación de los socios de A, a quienes se les debe retribuir su participación en la parte del patrimonio que se desprende de A para pasar a B, toda vez que de no recibir la participación que les corresponde en el capital de B, su patrimonio personal se vería disminuido en la misma proporción.

Por ello, si bien es cierto que los socios como propietarios de sus acciones, cuotas o partes de interés pueden donarlas, la situación planteada en el primer caso no configura una escisión por falta de uno de sus elementos constitutivos, cual es la retribución de los socios y su integración a la sociedad beneficiaria.

2o).- En el caso en que la sociedad B (beneficiaria) se crea con motivo de la escisión, qué sucede cuando en ella... participan otras sociedades subsidiarias de A, y se establece que los socios de

la sociedad A participarán en el capital de la sociedad B a través de una participación de la que A será titular (partes de interés, cuotas o acciones) en el capital de B?

En este caso, el valor de la parte del patrimonio de A que se transfiere en bloque a B, no es retribuido a los socios de A, sino a la propia sociedad A, que sería la titular de las acciones, cuotas o partes de interés que los recibe con ocasión de la operación, por lo tanto no se presenta una escisión, por falta del segundo elemento constitutivo o sea la retribución patrimonial a los socios y su integración a la sociedad beneficiaria.

Al respecto el profesor Francisco Reyes Villamizar ha expresado :

□ Bien interesante resulta la figura de la segregación, conocida también en la doctrina como escisión impropia. Por virtud de esta operación, la compañía segregante destina una o varias partes de su patrimonio a la constitución de una o varias sociedades o al aumento de capital de compañías ya existentes. Como contraprestación, la sociedad segregante - no sus socios o accionistas - recibe acciones, cuotas o partes de interés de las sociedades segregadas. A pesar de que la Ley 222 no se refiere a ella, resulta factible de acuerdo con las normas generales contenidas en el Código de Comercio. □ ... (Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos. Cámara de Comercio de Bogotá. págs. 104 y 105).

En esta misma obra anota una cita del tratadista Fernando Cerda Albeiro, quien sobre el tema dijo: □ radica en la falta de elemento esencial de toda escisión : la integración de los accionistas de la sociedad escindida en las sociedades beneficiarias. Dado que la sociedad segregante es la destinataria de las acciones o participaciones que, en contraprestación a la aportación patrimonial, entregan las sociedades beneficiarias, la operación tan sólo supone para aquella la mutación en el contenido de todo o parte de su patrimonio, sustituyéndose el patrimonio segregado por las acciones o participaciones recibidas. □ (Escisión de la sociedad anónima. De. Tirant, Valencia, 1993).

En la segregación los socios no se ven afectados ni varía su participación en el capital de la sociedad, toda vez que con la operación no se presenta disminución del capital social sino un intercambio de un activo por otro, ya que la parte del patrimonio que se desprende de la sociedad es retribuida por acciones, cuotas o partes de interés de la sociedad que recibe el aporte.

3o).- Con ocasión de la escisión se crea la sociedad B con la participación de A y de subsidiarias de A, qué sucede cuándo se transfieren las cuotas de capital o las acciones correspondientes a los socios de la sociedad A en la misma proporción que tienen en ésta ?

El supuesto planteado por usted no es claro, no obstante, el Despacho entiende que el mismo se encuentra referido a la situación de varias sociedades que se escinden, que son: la sociedad A y sus subsidiarias, todas ellas transfieren en bloque parte de su patrimonio para formar la nueva sociedad B, que es la beneficiaria de la escisión. Según la hipótesis, los socios de A reciben la participación en el capital de la beneficiaria en forma proporcional a la que tenían en ella, este reparto es correcto para los socios de A, pero no debe olvidarse que igualmente los socios de las compañías subsidiarias de A deben recibir su parte proporcional a su participación en las escidentes.

En este caso si se presenta una escisión por cuanto se dan los dos elementos constitutivos.