

## ✓ LA ESCISION DE SOCIEDADES

JARVEY RINCON RIOS

Abogado egresado de la Universidad Santiago de Cali. Autor de varias obras. Profesor universitario USACA, ICESI. Ex-profesor de Postgrado de Tributaria de ICESI. Vicerrector de Bienestar Universitario de USACA. Decano de Facultad de Administración y Contaduría, USACA.

Por primera vez en Colombia, se da un atisbo legislativo de la figura **Escisión de Sociedades**. En expresión del maestro José Gabino Pinzón, una de las comisiones de 1958, redactora del Código de Comercio, la incluyó, pero los asesores inmediatos del Gobierno prescindieron de ella. La reforma tributaria de 1992, la de Rudolf Hommes, la cita en los siguientes términos:

**"Artículo 6º de 1992. Fusión y escisión de sociedades.**

**"Artículo 14-2. Efectos tributarios de la Escisión de Sociedades.**

Para efectos tributarios, en el caso de la escisión de una sociedad, no se considera que existe enajenación entre la sociedad escindida y las sociedades en que se subdivide. Las nuevas sociedades producto de la escisión serán responsables solidarios con la sociedad escindida, tanto por los impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e intereses y demás obligaciones tributarias, de esta última, exigibles al mo-

mento de la escisión como de los que originen a su cargo con posterioridad, como consecuencia de los procesos de cobro, discusión, determinación oficial del tributo o aplicación de sanciones correspondientes a períodos anteriores a la escisión. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de los socios de la antigua sociedad, en los términos del Artículo 794".

### DEFINICION

No existe en el espacio jurídico colombiano una elaboración teórica al respecto y mucho menos una definición, salvo una referencia muy general del doctor Gabino Pinzón, en su obra *Sociedades Comerciales* (Teoría General, Tomo I). Intentaré, partiendo de los criterios de la fusión, hacer un aporte a título de ensayo.

Expresa el Artículo 172 del Código de Comercio: "Habrà fusión cuando una o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva..".

Permite este concepto hablar de dos tipos de fusión. *Una por absorción y otra por disgregación.* En ambos casos, las sociedades se disuelven sin liquidarse, es decir, se presentan una suma de patrimonios (aumento del mismo) y un aumento en el número de los socios. En el aspecto de la personalidad jurídica, juega el criterio de preservar una que absorbe a la otra o la desaparición de todas para dar lugar a una nueva, que de ninguna manera desconoce las relaciones jurídicas establecidas previamente, de allí la importancia de los balances, las publicaciones en un periódico de amplia circulación nacional, la exposición de motivos, el acuerdo de fusión y el balance consolidado. Estos requisitos son el respeto que se les ofrenda a los acreedores de las sociedades fusionantes, dando oportunidad para oponerse al trámite, por medio de un procedimiento verbal y sumario, si sus créditos no son satisfechos plenamente o no se garantizan de manera idónea.

*Entendemos la escisión como un fenómeno contrario a la fusión. Mientras la fusión "es la unión", la escisión es la disgregación patrimonial y jurídica de una sociedad, que se disuelve sin liquidarse para dar origen a dos o más sociedades que deben cumplir los requisitos para funcionar como compañía legalmente establecida.*

## NATURALEZA JURIDICA

En la legislación colombiana el Código de Comercio parte del supuesto de considerar la figura sociedad como un contrato, en sentido moderno, *un contrato plurilateral de organización*, encuadrándose así en la definición del Artículo 864 al considerarlo un acuerdo de voluntades mediante el cual se establecen relaciones jurídicas patrimoniales, bien para constituir las, extinguirlas o regularlas; dando espacio de actuación a los contratos de colaboración en los que las partes no se enfrentan entre sí, sino que aunán esfuerzos para sacar un objetivo adelante. Siendo la so-

iedad uno de estos que logra la agrupación de personas, voluntariamente, mediante una expresión contractual que da origen a una organización convertida en la expresión colectiva de los asociados, tan relevante es el contrato como la institución surgida del primero. Criterio que se aplica igualmente a la escisión.

Con la escisión, se nos estrema lo aprendido hasta ahora. Es indiscutiblemente un contrato en sentido moderno, es un acuerdo de voluntades que extingue y regula a la vez relaciones jurídicas patrimoniales, con unas características muy especiales.

## CARACTERISTICAS DE LA ESCISION

*¿Será plurilateral?* Un contrato es plurilateral cuando participan de su estructuración dos o más partes. (Aclara la norma que cada parte puede estar integrada por una o varias personas). Con la escisión acontece. Es la manifestación de una sola persona, en sentido global; es la persona jurídica, por intermedio de su organismo máximo, la asamblea general de accionistas o la junta de socios según el caso, que expresa su querer en este sentido, adoptando la decisión de acuerdo con los quórum y mayorías consagrados en la ley y en los estatutos para una reforma social.

Esto nos puede aterrar porque la sociedad es un contrato plurilateral de organización y la escisión no. Al ver cómo se operaría la escisión, la considero todo lo contrario: *un contrato unilateral de disgregación.*

Observemos el desenlace en una asamblea general o junta de socios. Cuando sesiona un máximo organismo de una sociedad, se presenta la perfección de la persona jurídica como expresión colectiva de voluntad; aquí es verdaderamente donde se halla la persona jurídica como una persona distinta de los socios individualmente considerados. En la escisión hace presencia

un solo querer, la voluntad de la sociedad legalmente establecida, es la con-junción de la individualidad de sus participantes; retoman el fuero de individuos expresado dentro del órgano societario, como una voluntad única para retrotraer parcialmente todo a su estado anterior de singularización, para prescindir de estar agrupados con quienes ya no se desea, porque parezca incómodo o inconveniente. Actuación bien especial: se disgrega no para tomar la condición individual de la persona singularmente considerada, sino para estructurar varias voluntades colectivas, dentro de esa voluntad única que representa el ente de donde resultarán las nuevas sociedades. Por la manera como se debe vivir la escisión, se nos antoja pensar que las partes de este acuerdo no son los individuos que integran la persona jurídica manifestada a través del organismo societario, sino los grupos, que se configuran queriendo ser una persona jurídica distinta de la sociedad madre y a su vez diferente de ellos mismos individualmente considerados. Esto en el caso de separación de socios.

Es una situación intermedia entre estar integrado con muchas personas o estar actuando de manera solitaria, es agruparse sólo con ciertas personas surgidas de la sociedad inicialmente convenida.

Una parte en sentido legal, implica un extremo procesal o contractual, en la escisión es el segundo, y lo conforman cada uno de los grupos que integran las nuevas sociedades, de tal forma que si surgen dos nuevas sociedades, las partes serán dos, respetando y configurando el criterio que cada parte puede estar conformada por una o más personas.

**Es típico o nominado.** Existe un nombre para esta figura y una reglamentación en el derecho colombiano, aunque por analogía se aplican las normas de la fusión.

**Es solemne.** Porque requiere cumplir con todas las formalidades consagradas en el Código de Comercio para una reforma estatutaria, y la aplicación analógica de los principios de la fusión.

**Es principal.** Porque la voluntad de los socios no depende de ningún otro contrato, sin olvidar que debe existir previamente una sociedad madre.

**Es de libre discusión.** Teniendo en cuenta las limitaciones que implica discutir dentro de un órgano social, se pueden plantear las condiciones de esta figura, siempre y cuando se apruebe respetando la ley y los estatutos sociales, es decir la mayoría estatutaria.

**Es de ejecución instantánea.** Porque las obligaciones y los derechos de los socios de las nuevas sociedades nacen al mismo momento.

**Es individual.** Porque sólo afectará a las personas que pertenecen a la sociedad. Y tienen derecho a discutir las condiciones.

**Es un contrato fin.** Tiene un propósito en sí mismo; dar origen a nuevas sociedades.

**Es de disgregación.** Contrario al criterio de las sociedades como contratos de colaboración, aquí culmina una integración de personas y patrimonios para dar lugar a varias personas jurídicas y lógicamente varios patrimonios.

## PROCEDIMIENTOS PARA LA ESCISION

Partimos de considerar la escisión como una reforma del contrato social. La reforma es una variación que se infringe a los estatutos, menos los nombramientos de junta directiva, gerente, revisor fiscal, etc., que son excluidos expresamente.

Sin temor a equivocarme, considero que a la escisión se aplican las normas reguladoras de este tema. Pero como la escisión es la antítesis de la fusión,

aplicaremos sus principios, teniendo en cuenta sus diferencias.

No existe regulación específica de la escisión, por esto recurrimos a la fusión, cuyas normas procedimentales en nada contradicen la manera, en mi sentir, como se debe surtir esta figura.

Como primer paso debe realizarse la Asamblea General de Accionistas o la Junta de Socios, según el caso, de acuerdo con las normas consagradas en la ley y en los estatutos, abordar el tema de la escisión, exponiendo los motivos que llevan a tal decisión, presentar y aprobar el balance hasta la fecha, junto con el estado de pérdidas y ganancias y el proyecto de distribución de utilidades, que deben ser aprobados en debida forma, lo mismo que el número de sociedades que van a resultar y los estatutos nuevos de cada una de ellas, expresando la aprobación respectiva, directamente, por intermedio de una comisión o facultando al gerente para este fin.

Como segundo paso: La elaboración del acta debe ser una copia fiel de lo discutido con su respectiva nota de aprobación, y la firma del presidente y secretario de la sesión; si se efectuaron nombramientos, las firmas de los favorecidos en señal de aceptación.

Tercer paso: La publicación en un diario de circulación nacional, cuyo contenido debe ser: Anuncio de escisión, nombre de la sociedad e información de ésta (escritura pública de constitución, estado patrimonial o síntesis del balance), una explicación de las nuevas sociedades, con una síntesis de los balances de cada una y de los motivos, una convocatoria a los acreedores para que dentro de los 30 días siguientes acepten expresa o tácitamente la escisión, exijan garantías suficientes para sus créditos o el pago total de ellos.

Cuarto paso: Se procede a elevar a escritura pública la escisión que debe

contener los estatutos de las nuevas sociedades. Se desarrollarán los elementos del artículo 110 del Código de Comercio en el mismo número de sociedades que resulten del acuerdo.

Se anexarán: El balance de la sociedad madre, los balances de las nuevas sociedades, acta donde se aprobó la escisión, el anuncio de prensa, nota expresando si los acreedores se opusieron y de qué manera. La deben firmar el gerente y todos los socios, respetando la naturaleza y tipo social que resulte.

Quinto paso: Toda reforma social, para que tenga efectos frente a terceros, debe ser registrada en el registro mercantil y en el inmobiliario (o de instrumentos públicos y privados) si hay lugar a este último. Este registro presenta varios detalles importantes.

1. Se registra la matrícula y expediente de la sociedad madre.
2. Como resultan nuevas sociedades se matriculan éstas, y si no queda vigente la madre, se debe proceder a su cancelación.
3. Los establecimientos de comercio que figuran a nombre de la sociedad madre, deben ser trasladados a las sociedades nuevas, según el acuerdo de escisión.

#### CLASES DE ESCISION DE SOCIEDADES

La escisión de sociedades se puede presentar desmembrándose una o varias sociedades de la sociedad madre, o disgregándose íntegramente y dando origen a nuevas sociedades. Al primer caso lo llamaremos *escisión por desmembración* y al segundo *escisión por disgregación*. En el primero, la personalidad jurídica inicial se preserva íntegramente, sólo que sufre una disminución en el número de sus socios y en su patrimonio, y surge una nueva, con nuevos elementos. Debiendo ambas respetar los requisitos para el tipo de sociedad de que se trate. En el segun-

do, pierde todos sus elementos la madre, surgen tantas personalidades como grupos se configuren en la escisión. Se hace necesario cancelar el registro mercantil primero.

#### RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS

La responsabilidad societaria presenta una de dos modalidades: La solidaria e ilimitada o hasta la concurrencia del respectivo aporte y los incrementos que éste haya podido recibir. Las obligaciones se adquieren de acuerdo con el tipo social, criterio que debe respetarse. Las obligaciones se respaldarán, en el caso de la escisión, respetando el régimen respectivo y los criterios consagrados por el legislador en materia de fusión.

Considero se deben aplicar los criterios contenidos en el Artículo 176 del Código de Comercio, que dice: "Cuando la fusión imponga a los asociados una responsabilidad mayor que la contraída bajo la forma anterior se aplicará lo prescrito en el Artículo 168".

A su vez este Artículo 168 *ibidem*, expresa: "Cuando la transformación imponga a los socios una responsabilidad mayor que la contraída bajo la forma anterior deberá ser aprobada por unanimidad. En los demás casos, los asociados disidentes o ausentes podrán ejercer el derecho de retiro, dentro del mes siguiente a la fecha del acuerdo de transformación, sin disminuir su responsabilidad frente a terceros".

#### LA ESCISION, UNA OPERACION SOBRE ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO

Es posible la escisión en sociedades que tengan un solo establecimiento de comercio, que como todos sabemos es el medio material para llevar a cabo el objeto social; y en este caso surgen nuevos establecimientos.

La escisión implica distribuciones o fraccionamientos de uno o varios establecimientos de comercio entre las

nuevas sociedades o resultantes, pudiendo por eso ubicarse como una operación sobre ellos, que se halla regulada en el Código de Comercio, Artículos 525 a 533.

Artículo 528. "El enajenante y el adquirente del establecimiento responderán solidariamente de todas las obligaciones que hayan contraído hasta el momento de la enajenación, el desarrollo de las actividades a que se encuentre destinado el establecimiento y que conste en los libros obligatorios de contabilidad".

La responsabilidad del enajenante cesará transcurridos dos meses desde la fecha de la inscripción de la enajenación en el registro mercantil, siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos:

1. Que se haya dado aviso de la enajenación a los acreedores por medio de radiograma o cualquier otra prueba escrita.
2. Que se haya dado aviso de la transferencia en general a los acreedores en un diario de la capital de la república y en uno local, si lo hubiere, ambos de amplia circulación.
3. Que dentro del término indicado en el inciso primero, no se hayan opuesto los acreedores a aceptar al adquirente como su deudor.

Parágrafo. El acreedor del enajenante que no acepte al adquirente como su deudor, deberá inscribir la oposición en el registro mercantil, dentro del término que se le concede en este artículo.

Contemplemos la posibilidad de escindir una sociedad con un solo establecimiento de comercio. En este caso debe surgir uno nuevo que será el medio para desarrollar el objeto social de la nueva sociedad o de la que se quede sin él. Puede acontecer que el establecimiento de comercio tenga varias líneas de producción, en cuyo caso se puede optar por dividir el estableci-

miento de comercio, correspondiéndole a cada sociedad que resulte después de la escisión, los equipos, maquinarias, materias primas, etc. necesarias para dicho propósito. No alcanzo a imaginar que las nuevas sociedades queden como propietarias comunes del establecimiento de comercio; si esto se presentase así, no tendría ningún sentido la escisión.

Al examinar las normas sobre establecimiento de comercio y fusión, en algunos puntos parecen enfrentarse. Deben aplicarse preferentemente las primeras, por regular la materia de manera específica y en lo demás por vía analógica las segundas.

#### **CONSTITUYE LA ESCISION UNA DISMINUCION DE CAPITAL O UNA RESTITUCION DE APORTES**

Se ampara la escisión de sociedades en dos principios fundamentales: *las cosas en el derecho se deshacen de la misma forma como se hacen*. Las sociedades se constituyen en razón de un acuerdo de voluntades, expresado en un acta elevada a escritura pública y llevado a cabo el registro mercantil es oponible a terceros.

Es la escisión una disminución de capital. Se presenta no como un hecho accidental de las sociedades, que llevaría a una causal de disolución, sino como una expresión de la voluntad de los socios pluralmente considerados en la asamblea general de accionistas o junta de socios, sin pretender disolver la sociedad, ni terminar con el objeto social, sino proyectarlo hacia el futuro de una manera distinta.

Los socios no están recibiendo lo aportado de manera directa, lo retiran para afectarlo inmediatamente con los intereses de una sociedad resultante de escisión sin querer burlar el cumplimiento de obligaciones ya contraídas.

Lo anterior lleva a afirmar: Los asociados variaron de común acuerdo su ánimo de asociarse, al no querer preservar tal condición con todos sus anti-

guos copartícipes sino simplemente con algunos o alguno de ellos.

Como el propósito de la escisión no es evadir el cumplimiento de las obligaciones societarias, sería sano aplicar lo consagrado en el Artículo 145 del Código de Comercio, como una manera de respetar el orden público económico, para que los derechos de los acreedores no se vean amenazados:

Artículo 145. "La Superintendencia de Sociedades autorizará la disminución del capital social en cualquier compañía cuando se pruebe que la sociedad carece de pasivo externo; o que hecha la reducción los activos sociales representan no menos del doble del pasivo externo, o que los acreedores sociales acepten expresamente y por escrito la reducción, cualquiera que fuere el monto del activo o de los activos sociales. Cuando el pasivo externo proviniera de prestaciones sociales será necesario, además, la aprobación del competente funcionario del trabajo".

#### **CONSECUENCIAS DE LA ESCISION**

1. Debilitamiento patrimonial de una sociedad.
2. Surgimiento de uno o varios entes jurídicos nuevos e independientes.
3. Futuro incierto de los derechos de los acreedores de la sociedad.
4. Obligatoriedad de matricular las nuevas sociedades.
5. Obligatoriedad de precisar las matrículas de los establecimientos de comercio.

#### **AMPARO LEGAL DE ESTAS CONSIDERACIONES**

Como un convencido de considerar la costumbre como una de las fuentes del derecho mercantil, no debe desaparecer el principio legal de permitir a los particulares todo aquello que no les esté prohibido, como la mejor forma de estimular el desarrollo del comercio, permitiendo el surgimiento de estas fi-

guras, y lugar a los criterios y postulados aquí esgrimidos.

#### **BIBLIOGRAFIA**

PINZÓN, GABINO. *Sociedades Comerciales, Volumen I, Teoría General*, Editorial Temis Librería, Bogotá, Colombia, 1982.

BRUNETTI, ANTONIO. *Tratado del Derecho de las Sociedades*, Tomo II, Socie-

dades por Acciones, Editorial Uteha, Buenos Aires, Argentina, 1960.

LLANO RAMÍREZ JESÚS. *Código de Comercio*, 3era. edición actualizada, Tomo I, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, Colombia, 1992.

LEGIS. *Nuevo Código de Comercio*. "Siempre al Día". 1992.