

Universidad Pontificia Javeriana

Facultad De Ciencias Jurídicas

**LA ESCISIÓN DE UNA SOCIEDAD, ¿POSIBLE VEHÍCULO DE
DEFRAUDACIÓN DE ACREEDORES?**

Por

VERÓNICA PINILLA CASTELBLANCO

Candidata a:

Especialista en derecho comercial

Bogotá, octubre 2018

Nota de Advertencia.

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”

LA ESCISIÓN DE UNA SOCIEDAD, ¿POSIBLE VEHÍCULO DE DEFRAUDACIÓN DE ACREEDORES?

VERÓNICA PINILLA CASTELBLANCO

Programa: Especialización en Derecho Comercial

Tabla de contenido:

1. Introducción.
2. Concepto de escisión.
3. Tipos de escisión.
 - 3.1. Escisión total.
 - 3.2. Escisión parcial.
 - 3.3. Escisión por absorción.
 - 3.4. Escisión por creación.
4. Elementos esenciales de la escisión.
5. Proceso de escisión.
 - 5.1. Publicidad preliminar.
 - 5.2. Proyecto de escisión.
 - 5.3. Aprobación del proyecto de escisión.
 - 5.4. Publicidad del proyecto de escisión.
 - 5.5. Objeciones.

- 5.6. Autorizaciones.
- 5.7. Formalización del proyecto de escisión.

- 6. Efectos de la escisión.

- 7. Escenario de una posible defraudación de acreedores como resultado de una escisión.

- 8. Alivios normativos al vacío legal que puede permitir una posible defraudación de acreedores como resultado de una escisión.

- 9. Reflexiones finales

- 10. Bibliografía

I. Introducción

El Código de Comercio Colombiano define a la empresa como toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios. En ejercicio de su objeto social las empresas actúan como sujetos de derechos y obligaciones.

La Constitución Política de Colombia garantiza la libertad de empresa y la libre competencia que faculta a las personas a realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio y es en el marco de estos postulados constitucionales que, las empresas actúan dentro de un mercado con miras a lograr un lucro. En ejercicio de estos derechos, las empresas celebran negocios jurídicos con personas ya sean naturales o jurídicas, interactúan libremente con empresas que son competencia directa o indirecta, se transforman, fusionan, escinden, transfieren sus activos a otras empresas, entre otros.

La Ley 45 de 1990 incorporó al sistema jurídico colombiano por primera vez la figura de la escisión, pero reservándola únicamente para las reestructuraciones de las instituciones financieras, fue en 1995 cuando la Ley 222 hizo lo propio para toda clase de sociedades.

La teleología de este tipo de reestructuración societaria es coadyuvar a la racionalización de la actividad empresarial, permitir que una sociedad se desintegre; ya sea dividiendo la totalidad o trozos de su patrimonio, para que sus líneas de negocio o sectores se desarrollen con independencia o puedan hacerlo de la mano de otra sociedad que pueda impulsarla fácilmente por su experiencia en el sector.

No obstante, es posible que, las finalidades de una escisión no sean precisamente las enunciadas anteriormente, sino, defraudar los intereses de los acreedores que se ven inmiscuidos de una u otra manera en la operación de reestructuración adelantada.

En este contexto, el presente escrito tiene como propósito analizar la figura de la escisión precisando qué se entiende por escisión, los diferentes tipos de escisión que contempla el ordenamiento jurídico colombiano, el procedimiento que debe seguir una sociedad que desee escindirse, sus efectos, expondré un escenario en el que una operación de escisión podría eventualmente representar una defraudación a los intereses de los acreedores de la sociedad escindida y finalmente daré a conocer un posible remedio que evitaría esta situación analizando el tratamiento que otros países le dan a esta figura.

II. Concepto.

La Ley 222 de 1995 no se encargó de definir qué es la escisión, sino que, partió de regular las modalidades que pueden adelantarse, su sucesora por su parte, la Ley 45 de 1990 en su artículo 11, se aproximó a un concepto cuando estableció: *“La empresa y el patrimonio de una institución financiera podrán subdividirse en dos o más empresas que constituyan el objeto de dos o más sociedades formadas por todos o por algunos de sus socios ...”*

El diccionario de la Real Academia Española define la escisión como *“rompimiento, desavenencia”*.

Tratadistas como Lisandro Peña Nossa y Néstor Humberto Martínez Neira lo han hecho indicando que; es *“un proceso de reorganización empresarial que consiste esencialmente en el desdoblamiento de una persona jurídica con el fin de transferir una o varias partes de su patrimonio a una sociedad o sociedades ya existentes o que se crean como producto de la escisión. La sociedad que transfiere su patrimonio se llama escidente y las destinatarias de dicho patrimonio se llaman beneficiarias”*¹.

¹ Peña Nossa, Lisandro. De las sociedades comerciales. Ecoe ediciones. Séptima edición, 2014, P. 453.

y como “un tipo de reestructuración societaria que permite acordar una reforma estatutaria que, por oposición a las fusiones, da lugar a distintas empresas, que son asumidas por otra u otras sociedades que nacen de la sociedad escindida o por una o varias sociedades preexistentes. Así los activos y pasivos de la empresa escindida se dividen en tantos patrimonios como sociedades nuevas surjan de la escisión o como sociedades preexistentes los absorban”²

III. Tipos de escisión.

El artículo 3 de la Ley 222 de 1995 estipula que habrá escisión cuando:

A. 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 y B. 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

De lo anterior se deduce que existen diversas modalidades de escisión; escisión por creación, por absorción, parcial y total. La modalidad que se elija llevar a cabo es aquella que permita satisfacer el objetivo perseguido con la reestructuración, por ejemplo, si lo que se busca es separar líneas de negocios lo ideal es efectuar una escisión por creación.

3.1. Escisión total.

² Martínez neira, Néstor Humberto. Cátedra de derecho contractual societario. Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios. P 443.

Esta modalidad de escisión se presenta cuando una sociedad se disuelve sin liquidarse, partiendo su patrimonio en dos o más partes que se transfieren a otras sociedades existentes o a una o varias que nacen con motivo de esta partición. Es total porque la sociedad escindida no reserva patrimonio alguno para ella y por lo tanto desaparece del mundo jurídico, se extingue.

3.2. Escisión parcial.

Se entiende por escisión parcial aquella en la que una sociedad sin disolverse entrega en bloque una parte de su patrimonio a uno a varias sociedades existentes o a una o varias sociedades nuevas. La sociedad que fracciona parte de su patrimonio no desaparece del mundo jurídico, no se extingue,

3.3. Escisión por absorción.

Este tipo de escisión se manifiesta cuando el patrimonio fraccionado es adquirido por una o más sociedades pre existentes, se denomina absorción porque la destinataria del patrimonio ya es una persona jurídica activa, que ya hacía parte del mundo jurídico cuando se llevó a cabo la operación de escisión y absorbe los activos y/o pasivos que le son destinados. Puede darse como una escisión total o una escisión parcial.

Cuando hay fusión por absorción, la sociedad escindida y las beneficiarias deben aprobar la operación y en particular las beneficiarias deben aumentar su capital emitiendo acciones para entregarlas a los nuevos accionistas con motivo del traslado del patrimonio.

3.4. Escisión por creación.

En contraposición a la escisión por absorción, esta modalidad presupone que la totalidad (escisión total) o fracciones del patrimonio (escisión parcial) de la

sociedad escindida, pasan a formar parte de una o múltiples sociedades que se constituyen con motivo de la operación de escisión.

En este escenario únicamente la sociedad escindida es quien emite la aprobación de la operación, pues es en el proyecto de escisión elaborado por la sociedad escindida que se aprueba el tipo de escisión y se elaboran los estatutos de cada una de las sociedad nuevas.

IV. Elementos esenciales de la escisión.

Así como todos los contratos tiene elementos de la esencia (aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno o degenera en un contrato distinto), los actos jurídicos también, en este caso, la escisión tiene los propios a saber:

4.1. Pluralidad de partes.

Tienen que participar en la operación dos o más partes, conteniéndose en estas la sociedad escindida y la o las beneficiarias.

4.2. Beneficiaria:

Como consecuencia de requisito del numeral anterior, es menester que en el acto de fusión participe una o varias sociedades beneficiarias que van a ser quien o quienes acojan el patrimonio de la sociedad escidente sea de forma total o parcial.

4.3. Empresa escindida:

Correlacionado con lo anterior, debe existir una sociedad que va a partir su patrimonio en una o múltiples partes ya sea que se disuelva

y se liquide (escisión total) o se disuelva sin liquidarse y continúe su vida jurídica (escisión parcial).

4.4. Consentimiento:

El mayor órgano social de la sociedad escindida debe manifestar su consentimiento (acuerdo y aprobación) del acto de escisión (artículo 4 de la Ley 222 de 1995), si es una escisión por creación debe a su vez aprobar la constitución de la nueva o nuevas sociedades y si es por absorción el mayor órgano social de la sociedad beneficiaria debe hacer lo propio.

4.5. Patrimonio escindido:

Para que podamos hablar de escisión es necesario que el patrimonio de la sociedad escindida sufra una disección, una partición y uno o todos los conjuntos de patrimonio sean destinados a una sociedad nueva o existente beneficiaria.

4.6. Reparto de acciones o cuotas sociales

El artículo 4 de la Ley 222 de 1995 estipula que el proyecto de escisión deberá contener por lo menos las siguientes estipulaciones:

(...)

“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.”

Producto de la escisión se debe hacer un método de valoración y los términos de intercambio o los términos de canje, se debe aplicar la lógica de cuantas acciones de la sociedad que desaparece debo tener para obtener 1 de la nueva sociedad o sociedad absorbente.

V. Proceso de escisión.

Brevemente describiremos el paso a paso de un proceso de escisión de una sociedad que no está vigilada y controlada por una superintendencia diferente a la Superintendencia de Sociedades y que no está inscrita en bolsa.

5.1. Publicidad preliminar.

El artículo 5 de la ley 222 de 1995 determina en sus líneas que:

*“Los representantes legales de las sociedades que intervienen en el proceso de escisión publicarán en un diario de amplia circulación nacional y en un diario de amplia circulación en el domicilio social de cada una de las sociedades participantes, un aviso que contendrá los requerimientos previstos en el artículo 174 del *Código de Comercio.*

Adicionalmente, el representante legal de cada sociedad participante comunicará el acuerdo de escisión a los acreedores sociales, mediante telegrama o por cualquier otro medio que produzca efectos similares”.

5.2. Proyecto de escisión.

El proyecto de escisión es un documento que debe ser aprobado por la Junta Directiva o por la Asamblea de Accionistas tanto de la escindida como de las beneficiarias si es escisión por absorción y debe contener como mínimo:

1. *Los motivos de la escisión y las condiciones en que se realizará.*
2. *El nombre de las sociedades que participen en la escisión.*
3. *En el caso de creación de nuevas sociedades, los estatutos de la misma.*
4. *La discriminación y valoración de los activos y pasivos que se integran al patrimonio de la sociedad o sociedades beneficiarias.*
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.*
6. *La opción que se ofrecerá a los tenedores de bonos.*
7. *Estados financieros de las sociedades que participen en el proceso de escisión debidamente certificados y acompañados de un dictamen emitido por el revisor fiscal y en su defecto por contador público independiente.*
8. *La fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se disuelven habrán de considerarse realizadas para efectos contables, por cuenta de la sociedad o sociedades absorbentes. Dicha estipulación sólo produce efectos entre las sociedades participantes en la escisión y entre los respectivos socios.³*

5.3. Aprobación del proyecto de escisión.

Tal como lo indicamos anteriormente, cuando se trata de una escisión por absorción, la Asamblea de Accionistas o Junta Directiva de la sociedad

³ Artículo 4 L. 222 de 1995.

escindida tanto como la de la o las beneficiarias deben aprobar la operación y la reforma estatutaria correspondiente, en una asamblea convocada con mínimo 15 días hábiles de anticipación a la reunión y en la que se aprobará la escisión con mínimo la mitad más uno de los presentes en la reunión, a menos que en los estatutos se disponga una mayoría superior, o si la participación de los accionistas en la sociedad beneficiaria no es proporcional a la participación que estos tenían en la escindida; se debe aprobar por unanimidad.

5.4. Publicidad del proyecto de escisión.

Con la finalidad de garantizar los derechos de los acreedores la normatividad prevé (artículo 5 Ley 222 de 1995) que *los representantes legales de las sociedades que intervienen en el proceso de escisión publicarán en un diario de amplia circulación nacional y en un diario de amplia circulación en el domicilio social de cada una de las sociedades participantes, un aviso que contendrá...* A. Nombres de las compañías participantes, sus domicilios, y el capital autorizado, suscrito y pagado. B. El valor de sus activos y pasivos de las sociedades participantes. C. La indicación respecto de si los socios de la escindida participarán o no en las beneficiarias en el mismo porcentaje de participación que en la escindida D. Método de evaluación y la relación de intercambio.

5.5. Objeciones.

“Los acreedores de las sociedades que participen en la escisión, que sean titulares de deudas adquiridas con anterioridad a la publicación a que se refiere el artículo anterior, podrán, dentro de los treinta días siguientes a la fecha del último aviso, exigir garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos, siempre que no dispongan de dichas garantías. La

solicitud se tramitará en la misma forma y producirá los mismos efectos previstos para la fusión.

Lo dispuesto en el presente artículo no procederá cuando como resultado de la escisión los activos de la sociedad escidente y de las beneficiarias, según el caso, representen por lo menos el doble del pasivo externo.

(...)⁴

Dentro de los 30 días siguientes a la publicación de los avisos, los acreedores pueden exigir el otorgamiento de garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos.

La solicitud se tramitará por el procedimiento verbal prescrito en el Código General del Proceso. Si la solicitud fuere procedente, el juez suspenderá el acuerdo de escisión, hasta tanto se preste garantía suficiente o se cancelen los créditos.

5.6. Autorizaciones.

Requerirán autorización las sociedades controladas o vigiladas por una causal diferente al monto de sus activos o ingresos o aquellas que estén incurso en los eventos contemplados en la circular externa 01 de 2007.

5.7. Formalización del proyecto de escisión.

Para su perfeccionamiento el acuerdo de escisión debe ser elevado a escritura pública suscrita por el representante legal de la sociedad escindida y en el caso de que se trate de una escisión por absorción, por el representante legal de la beneficiaria o beneficiarias tal como lo dispone el

⁴ Artículo 6 Ley 222 de 1995.

artículo 8 de la Ley 222 de 1995. Este instrumento público, debe ser inscrito en el Registro Mercantil, específicamente en la Cámara de Comercio del domicilio principal de la sociedad para que la escisión surta efectos interpartes y frente a terceros.

VI. Efectos de la escisión.

- 6.1. Trasmisión de todo o parte del patrimonio
- 6.2. Disolución de la sociedad escindida
- 6.3. Extinción o liquidación de la sociedad escindida en las escisiones totales.
- 6.4. Configuración de un régimen de responsabilidad
- 6.5. Migración de socios o accionistas

- 6.6. Otros efectos

Es una herramienta útil para reducir conflictos intersocietarios o alcanzar una mayor eficiencia en el funcionamiento de la empresa, y permite una mayor especialización de la sociedad escidente y de la beneficiaria o beneficiarias lo que permitiría una mayor productividad.

En relación con los terceros, la escisión comporta una *“cesión de los contratos, activos y pasivos sin solución de continuidad alguna, de manera que la sociedad o sociedades beneficiarias están llamadas a ejercer o cumplir, respectivamente, los derechos y las obligaciones de las sociedades escindidas”*⁵

- VII. Escenarios de una posible defraudación de acreedores como resultado de una escisión y los posibles alivios normativos al vacío legal que puede

⁵ Op cit P. 444

permitir una posible defraudación de acreedores como resultado de una escisión.

Este aparte lo desarrollaré estudiando diferentes escenarios en los que se podría presentar una defraudación y concluiré si la normatividad vigente adolece de algún vacío que permita que dicha defraudación proceda o si por el contrario esta cumple su objetivo de proteger a los acreedores.

- 7.1. La empresa escindida transfiere pasivos a una empresa existente que no tiene activos suficientes para cubrir los pasivos transferidos.

En este evento, un acreedor, que puede ser para nuestro ejemplo una institución financiera, con motivo de la situación financiera de una empresa (A) le otorga un crédito para adquisición de un bien inmueble en el que la empresa va a desarrollar su objeto social y al que gravan con una hipoteca. La empresa A, decide escindirse y migrar parte de su patrimonio, entre estos el bien inmueble adquirido para el desarrollo de su objeto social, a una sociedad preexistente que tiene un nivel de endeudamiento considerable y sus pasivos superan sus activos.

Los acreedores gozan de protección legal porque la norma indica (artículo 6 Ley 222 de 1995), tal como lo expusimos anteriormente, que los acreedores pueden exigir garantías suficientes y satisfactorias cuando no dispongan de estas. Si la escindida no las otorga, el acreedor puede iniciar un proceso verbal en el que el juez puede suspender el acuerdo de fusión hasta tanto se preste la garantía suficiente o se paguen los créditos.

Si los acreedores no solicitan garantías se entiende que tácitamente aceptan la operación de escisión.

7.2. La empresa escidente entrega un activo cuya valoración es mínima y un pasivo considerable resultado de un mutuo comercial a una sociedad preexistente que tiene pasivos superiores a su activos, los acreedores no objetan el acuerdo y se lleva a cabo la transferencia del patrimonio.

Una vez efectuada la transferencia, la escindida adquiere deudas laborales e impuestos que tienen un orden de prelación mayor al de su crédito, la sociedad beneficiaria incumple la deuda por obvias razones, si bien la norma prevé la responsabilidad solidaria entre la escidente y las sociedades beneficiarias (artículo 10 Ley 222 de 1995), de esta manera se vuelve materialmente imposible para las mismas responder al acreedor y este se ve imposibilitado para hacer efectivo su crédito.

7.3. Si el accionista mayoritario de una sociedad ha dado como garantía de un préstamo personal sus acciones en la sociedad escindida y quiere evadir su responsabilidad, al escindirla pasa a tener en la sociedad absorbente una menor participación, o las acciones de la nueva sociedad tienen un valor menor al de la sociedad escindida, el acreedor va a verse defraudado en su derecho.

VIII. Reflexiones finales

La normatividad vigente que regula el tema de la escisión de sociedades es una normatividad sencilla pero proteccionista de los acreedores, del estudio realizado para escribir este artículo, el único escenario en el que no se garantiza a un acreedor la protección de su crédito es el descrito en el numeral 7.3, la norma debería contemplar este caso y que los accionistas deban notificar a los acreedores que tengan como garantía las acciones que este tenga en la sociedades escindida.

Otros escenario que debería regular la norma es ¿qué pasa si el pasivo pasa a una empresa extranjera? Para hacer efectivo el crédito, ¿esto se sujeta a la normatividad colombiana o la extranjera? Si se sujeta a la Colombiana, ¿se debe revisar la prelación de créditos en el extranjero?

IX. Bibliografía

Neira Martínez, Néstor Humberto. Cátedra de derecho contractual societario, regulación comercial y bursátil de los contratos societarios. Legis editores, segunda edición, 2014.

Peña Nossa, Lisandro. De las sociedades comerciales. Ecoe ediciones. Séptima edición, 2014.

Parra Escobar, Armando. Planeación tributaria y organización empresarial: estrategias y objetivos. Legis editores, sexta edición, 2010.

Esteban Ramos, Luisa María. Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección. Revista de derecho de sociedades. Colección de monografías. Thomson/Arazandi, Primera edición, 2007.

Morano, Ricardo Astorga. El nuevo régimen legal de la escisión de sociedades. Principales novedades: ámbito subjetivo, la segregación y la constitución de sociedad íntegramente participada mediante la transmisión del patrimonio. Cuadernos de derecho y comercio. 2010.

Pérez, Ángel Alonso; Soto, Raquel Pousa. Escisión parcial y creación de nuevas empresas. **NORMATIVA APLICABLE** en la valoración. Revista Contable. jul/ago2012, Issue 2, p54-62.

Castañeda, Aída Rojas. Escisión de las sociedades mercantiles. Alegatos - Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana. sep-dic2010, Issue 76, p801-816. 16p. Mexico.

Fernández De Córdova Claros, Íñigo. El Nuevo derecho de Oposición de los acreedores a las reestructuraciones empresariales. Cuadernos de Derecho y Comercio. jun2013, Issue 59, p71-84. 14p. España.