

OFICIO 220-016228 DEL 23 DE FEBRERO DE 2021

ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA FUSIÓN Y LA ESCISIÓN DE UNA SOCIEDAD COMERCIAL.

Acuso recibo de su escrito citado en la referencia, mediante el cual formula los siguientes interrogantes:

“1. ¿Es posible que una sociedad a través de las reformas de fusión y/o escisión transfiera a otra solo partes de su activo o es necesario que también transfiera parte de su pasivo para la realización de dichas operaciones? Lo anterior, teniendo en cuenta que la norma habla sobre patrimonio.

2. En una sociedad en la que se ha previsto en sus estatutos sociales el derecho de preferencia para la enajenación de acciones, ¿Dicha restricción aplica para las operaciones de fusión y/o escisión o debe estar contemplado de manera expresa para estas operaciones?

3. ¿Cuál es la postura actual en cuanto a la aplicación del derecho de preferencia en la negociación de acciones respecto de operaciones tales como la fusión y/o escisión?”

Al respecto, es del caso señalar que al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1736 de 2020, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad absolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares, de conformidad con las normas que rigen sus servicios y funciones, y en esa medida emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto sobre temas de derecho societario a su cargo, cuyo alcance tendrá los efectos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Advertido lo anterior, este Despacho entra a resolver las inquietudes presentadas, siguiendo el orden en que fueron planteadas:

i) En cuanto a la **primera pregunta**, se observa que el artículo 172 del Código de Comercio establece:

“Artículo 172. Habrá á 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 adquirirán los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.
(Subraya y negrilla fuera del texto).

Del estudio de la norma antes transcrita, se desprende que la fusión puede ser de dos formas: por absorción o por creación. En el primer fenómeno jurídico, la sociedad absorbida se disuelve y desaparece, sin liquidarse, **toda vez que su patrimonio íntegramente es transferido a la sociedad absorbente al formalizarse el acuerdo de fusión.** Por su parte, en el segundo evento, la sociedad que se constituye, asume todas las obligaciones y derechos de la sociedad disuelta.¹

En cuanto a los derechos que asume la sociedad absorbente, se precisa que en virtud de la fusión se transfiere a título universal el patrimonio de la sociedad que desaparece para ser absorbida por otra o para crear una nueva sociedad, patrimonio que desde luego incluye los derechos y obligaciones que cada una de las compañías individualmente consideradas tenía antes de la susodicha reforma.

Sobre el asunto, ésta Superintendencia a través del Oficio 220-048665 del 12 de abril de 2011, ha señalado lo siguiente: *“la fusión supone una transmisión in universum ius del patrimonio de todas las sociedades fusionadas a favor de la nueva sociedad o de la absorbente. Al transmitir en bloque su patrimonio las sociedades transmitentes se extinguen, y al extinguirse se opera una sucesión universal a favor de la absorbente o de la nueva. Los nexos obligacionales, los derechos reales, los derechos sobre bienes inmateriales, etc., se transmiten subsumidos en ese bloque patrimonial que constituye una unidad jurídica. Pero esa unidad de derecho continúa siendo idéntica a sí misma, inalterada; únicamente ha cambiado su titular jurídico. El poder de disposición ha pasado de una sociedad a otra, eso es todo”.*

En relación con la escisión, se observa que el artículo 3º de la Ley 222 de 1995, preceptúa lo siguiente:

“Artículo 3º- 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.

¹ Código de Comercio, artículo 178.

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.

(...)"

En palabras del profesor Jose Ignacio Narváez García: "La escisión se realiza en cualquiera de estos supuestos:

1. La sociedad no se disuelve y transfiere en bloque una parte de su patrimonio a una existente.

2. La sociedad no se disuelve y transfiere en bloque varias partes de su patrimonio a varias sociedades existentes.

3. La sociedad no se disuelve y destina una parte de su patrimonio a una nueva que se crea.

4. La sociedad no se disuelve y destina varias partes de su patrimonio a las nuevas sociedades que se crean.

5. La sociedad no se disuelve y destina una o más partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes, y una o más partes a sociedades nuevas que se constituyen.

6. La sociedad se disuelve, pero no liquida su patrimonio, sino que lo divide en dos o más partes que transfiere a dos o más compañías existentes.

7. La sociedad se disuelve, pero no liquida su patrimonio, sino que lo divide en dos o más partes destinadas a las nuevas que se crean.

8. La sociedad se disuelve pero no liquida su patrimonio sino que lo fracciona en varias partes, unas destinadas a las nuevas que se crean, y otras que se transfieren a sociedades ya existentes."²

Por tanto, en el proceso de escisión, la sociedad deberá determinar la parte de su patrimonio que va a transferir a una o más sociedades existentes, o la que va a destinar para la creación de una o varias sociedades.

² Jose Ignacio Narváez García, "Teoría General de las Sociedades", (Bogotá, Legis, 2008), Pág. 250 y 251.

Entorno a las **preguntas segunda y tercera**, este Despacho se permite señalar que, si se ha pactado el derecho de preferencia en la negociación de acciones en los estatutos sociales, ha de respetarse para todos los eventos en que aplique. Sin perjuicio de lo anterior, no resulta claro en su consulta, como el derecho de preferencia en la negociación de acciones podría aplicar a una reforma estatutaria de fusión o escisión y, por tanto, deberá estarse a lo dispuesto en los estatutos sociales.

A su vez, éste despacho se permite traer a colación el concepto emitido en el Oficio 220-024471 del 23 de abril de 2012, el cual señala lo siguiente:

“(…)

“... en esta oportunidad se expresa el criterio que sobre los temas objeto de consulta y que de tiempo atrás sostiene la Entidad. Dentro de la temática que ha sido examinada, justamente se ha referido a la naturaleza de la operación y a sus efectos, por lo que, previo a referirnos puntualmente a su escrito, se trae a colación apartes de algunos oficios, cuyas consideraciones de orden jurídico, aunado a la preceptiva de los artículos 8 y 9 de la citada Ley 222, que regulan el perfeccionamiento y los efectos de la escisión, resuelven las inquietudes planteadas, no sin antes advertir que en el caso hipotético se presenta una clara situación de escisión, posiblemente por creación, en la que la escidente – SOCIEDAD A- transfiere en bloque sus activos y pasivos a la beneficiaria del proceso -SOCIEDAD C-, Uno de los oficios es el 220-14429 del 30 de abril del 2001, que si bien hace referencia a los efectos de la escisión en la cesión de cuotas, sus consideraciones, argumentos y conclusiones despejan las dudas presentadas.

En esa oportunidad la Entidad conceptuó:

“(…)

Comedidamente se refiere el Despacho a la consulta... que dice relación con las formalidades que deben cumplirse para que obre una cesión de cuotas, que han sido transferidas a otra sociedad beneficiaria, como consecuencia de un proceso de reforma estatutaria consistente en la escisión.

Uno de los primeros interrogantes tiene objeto establecer si es necesario practicar una reforma estatutaria para formalizar la cesión de cuotas o si sólo se requiere la escritura de escisión para su registro; y el segundo, es atinente al derecho de preferencia pactado en los estatutos y la cesión de cuotas que opera como consecuencia de la escisión.

Sobre el particular es conveniente citar el artículo 9 de la Ley 222 de 1995, que se refirió claramente a los efectos producidos por la escisión:

Art. 9. Efectos de la escisión. Una vez inscrita en el registro mercantil la escritura a que se refiere el artículo anterior, operará, entre las sociedades intervinientes en la escisión y frente a terceros la transferencia en bloque de los activos y pasivos de la sociedad escidente a la beneficiaria, sin perjuicio de lo previsto en materia contable.

Para las modificaciones del derecho de dominio sobre inmuebles y demás bienes sujetos a registro bastará con enumerarlos en la respectiva escritura de escisión, indicando el folio de matrícula inmobiliaria o el dato que identifique el registro del bien o derecho respectivo. Con la sola presentación de la escritura de escisión deberá procederse al registro correspondiente.

(...)

A partir de la inscripción en el registro mercantil de la escritura de escisión, la sociedad o sociedades beneficiarias asumirán las obligaciones que les correspondan en el acuerdo de escisión y adquirirán los derechos y privilegios inherentes a la parte patrimonial que se les hubiere transferido. Así mismo, la sociedad escidente, cuando se disolviera, se entenderá liquidada” (Subrayas fuera de contexto).

*En consecuencia, **a juicio de este Despacho la escritura donde consta la solemnización de la escisión se constituye en el justo título para que opere la transferencia de las cuotas de una sociedad ajena al proceso de escisión.** Por tal razón, si en dicha escritura se identificó de manera expresa las participaciones a transferir, bastará con la presentación de la escritura de escisión para que se proceda al registro correspondiente.*

Ahora bien, es claro también para el despacho, con fundamento en el mismo precepto citado, la prevalencia del proceso de escisión sobre el derecho de preferencia, ya que para que se opere la tradición de las cuotas sociales bastará el registro de la escritura de escisión, sin que haya lugar a acreditar el cumplimiento de una formalidad adicional a las establecidas en la ley para esta particular reforma estatutaria.

*Desde luego, **si los estatutos sociales han contemplado que en procesos de escisión o de fusión, las participaciones habrán primero de ser ofrecidas a los asociados o su transferencia sometida a aprobación de los consocios, en los***

términos del contrato social, la sociedad escidente habrá de cumplir con sus obligaciones contractuales expresas.

En caso de ausencia de cláusula estatutaria sobre este particular, los demás consocios de todas maneras gozan de la opción establecida en el artículo 6 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 175 del Código de Comercio, que les permite acudir ante el juez para que en un procedimiento verbal sumario se garanticen los derechos que crean vulnerados con la escisión de uno de sus consocios, ya que es, únicamente, en este escenario donde pueden oponerse a la cesión de las participaciones como consecuencia de la escisión (...).”

De lo expuesto se observa claramente que la escritura pública contentiva de la escisión, debidamente registrada en la Cámara de Comercio respectiva, es el justo título para que opere la transferencia de los bienes (título traslativo de dominio) de la sociedad escindida a la beneficiaria del proceso, por ello se señala que basta con la presentación de tal documento público para que se registre el nuevo titular de las cuotas sociales o de las acciones, según el tipo de sociedad de que se trate, es decir, en estos casos no es aplicable el derecho de preferencia en la cesión o en la negociación, a menos que de manera expresa en el contrato social se advierta que tal derecho operará en los casos de fusión o escisión por ejemplo.

Dicho, en otros términos, como es incuestionable la prevalencia que tiene la escisión sobre el derecho de preferencia, para la tradición de las cuotas sociales basta el registro de la escritura pública de escisión, en la oficina respectiva; si se trata de acciones, la presentación de la misma en la sede de la compañía para que se efectúan las anotaciones en el libro correspondiente, sin que sea necesario acreditar formalidad adicional alguna.

Sumado a lo anterior, téngase en cuenta que el artículo 8º ibídem, de manera clara determina que el proceso de escisión, como cualquier reforma al contrato de sociedad y sin sujeción a ninguna formalidad diferente, se perfecciona con la escritura pública correspondiente, debidamente registrada en la Cámara de Comercio del domicilio social de cada una de las sociedades participantes dentro del proceso. Con los argumentos y normativa referidas, en orden a resolver los interrogantes, en el orden planteado, tenemos:

1. Como lo corroboran los artículos 8º y 9º citados, la escisión es una reforma al contrato de sociedad, que en virtud del perfeccionamiento del acuerdo de escisión -escritura pública y el registro correspondiente-, se transfieren los activos y pasivos de la sociedad escidente (SOCIEDAD A) a la sociedad o sociedades beneficiarias (SOCIEDAD B), con todos los derechos y obligaciones que de ellos se deriven, por lo que al tratarse de una transmisión patrimonial no es una compraventa, como así

lo ha expresado la Entidad al analizar el proceso de fusión, en el Oficio 220- 10481 de 30 de marzo del 2001, que dice:

*“Ahora bien, como es un título traslativo de dominio, debe ajustarse a los requisitos establecidos por el modo de adquirir, así que siempre que se trate de un bien sujeto a registro, la fusión sólo dará o transferirá la posesión efectiva cuando se verifique este procedimiento. De allí que el artículo 178 ya mencionado, **establezca que la tradición de los bienes inmuebles se hará por la misma escritura de fusión o por escritura separada si así lo acuerdan las partes, registrada conforme lo indique la ley; y la de los muebles se hará por inventario que habrá que adecuarse a las formalidades propias para que tengan efectos ante terceros, como la inscripción en el respectivo libro de accionistas.***

Por lo tanto, es criterio de este Despacho que la fusión no es una compraventa, una novación o una subrogación, pues al igual que estos negocios tiene entidad propia y consagración legal particular; que lo erige en título para adquirir el dominio de los bienes, sin que pueda señalarse de él un carácter accesorio de otro contrato de los previstos en la ley; debido a que la legislación le ha definido de manera general, le ha establecido los requisitos de observancia rigurosa para su validez, le ha previsto formalidades propias para garantizar el cumplimiento con las obligaciones frente a los terceros, le ha consagrado supuestos de representación legal y señalado los efectos.

Por lo tanto, al operarse la transmisión patrimonial como consecuencia de la fusión, la sociedad absorbente adquiere la totalidad de derechos y obligaciones de la sociedad absorbida, es su única causa jurídica, es su justo título.

(...)

Aquí resulta pertinente traer a colación la autorizada opinión del doctor Francisco Reyes, extraída de su libro Transformación, fusión y Escisión, Pág. 89, cuando afirma "Es claro, desde luego, que, si la fusión ha sido prevista como una circunstancia estatutaria de aplicación del derecho de preferencia en la enajenación de acciones o cuotas sociales, no podrá producirse la transferencia de las participaciones sociales sin que se hayan cumplido los trámites previstos en los estatutos". (La subraya y negrilla es nuestra).

En los anteriores términos, se da respuesta a su consulta, no sin antes advertir que la misma tendrá el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.