

OFICIO 220-243357 DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2024

ASUNTO: ESCISIÓN IPS

Me remito a la comunicación radicada en esta Entidad con el número de la referencia, en la que se solicita que se emita un concepto sobre una reforma estatutaria consistente en la escisión de una institución prestadora de salud, que implica disminución de capital social, cuyo trámite cursa actualmente en la Superintendencia Nacional de Salud, por corresponder a un asunto de su competencia¹.

A este propósito plantea la consulta en los siguientes términos:

"I. Antecedentes

"- 'XXX' IPS S.A.S. '...' sujeto de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud, solicitó autorización previa para reforma estatutaria consistente en la escisión parcial de ésta a favor de cuatro nuevas sociedades que se denominarán '...'

- La viabilidad de autorizar o no a la sociedad 'XXX' IPS S.A.S. la reforma estatutaria, implica la verificación de lo estipulado en el Decreto 1080 de 2021, el Decreto 410 de 1971, la Ley 222 de 1995, la Ley 1258 de 2018, (SIC) así como, las normas del Sistema General de Seguridad Social en Salud y demás doctrina y jurisprudencia aplicable al caso, partiendo de la naturaleza jurídica de la sociedad y de lo aprobado por la asamblea de accionistas, atendiendo las competencias atribuidas a esta Superintendencia y las competencias de la Delegada para Prestadores de Servicios de Salud.

- En este sentido, al realizarse la verificación de los requisitos establecidos en los artículos del 3 al 10 del Código de Comercio se evidencia su cumplimiento.

Sin embargo, el análisis financiero arrojó lo siguiente:

"(...) esta Superintendencia procedió a verificar el cumplimiento del artículo 145 contenido en el Código de Comercio, a través del Estado de Situación Financiera de propósito especial con corte a julio de 2023, así como en las cifras del escenario post escisión, teniendo en cuenta que dentro de la propuesta de escisión parcial, se presenta una disminución del capital social por valor de \$599.300.000.

En este sentido, el artículo 145 en mención, señala lo siguiente:

"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."

Teniendo en cuenta que la cuenta con pasivos externos se procede a verificar con la reducción del capital social, que los activos sociales representen no menos del doble del pasivo externo, como se detalla a continuación:

¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-155736 03 de agosto de 2023. Visible en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159040/OFICIO++++220-+155736+++03+DE+AGOSTO+DE+2023.pdf/886f41d9-d7e7-f522-1b8c-ae7c8c838051?version=1.0&t=1692197610317>

Tabla 05. Activos sociales y pasivos externos corte julio de 2023

Concepto	Cifra en Estados Financieros julio 2023	Cifra post escisión
Activos sociales	211.137.637.00	195.374.126.00
Pasivos externos	132.122.912.00	132.122.912.00
Doble de los pasivos	264.245.824.00	264.245.824.00

externos		
-----------------	--	--

Fuente: Archivo Excel aportado por la IPS, Anexo 5.4 - EEFF Proyectados y Anexo 5.5. - Discriminación y valoración de activos y Estados Financieros de propósito especial julio 2023. Cifras en \$

De acuerdo con lo anterior, se evidencia que los activos sociales sí representan menos del doble de los pasivos externos, antes y después de la reducción del capital social, situación que podría estar generando una alerta frente al cumplimiento de lo establecido en esta disposición, sobre la cual es necesario que la IPS brinde las aclaraciones correspondientes, que permitan determinar la aplicabilidad de este requerimiento normativo, teniendo en cuenta que la escisión parcial propuesta implícitamente compromete una disminución en el capital social. (...)"

II. Solicitud

En virtud de lo anterior, es indispensable contar con el concepto jurídico de su despacho, en el que se pronuncie sobre lo siguiente:

- Teniendo en cuenta que la escisión parcial compromete una disminución del capital social dentro de las partidas del patrimonio, ¿debe aplicarse el artículo 145 del Código de Comercio?
- De aplicarse el artículo 145 del Código de Comercio ¿la IPS debe acreditar el cumplimiento de alguna de las situaciones previstas en dicho artículo, con el fin de dar continuidad al proceso de autorización de la reforma estatutaria?
- ¿Se aplica el artículo 145 del Código de Comercio en todos los casos en los que se presente una disminución de capital, independientemente del tipo de reforma estatutaria que sea propuesta por una sociedad?"

En atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 11, numeral 2 del Decreto 1736 de 2020 y el numeral 2 (2.3) de la Resolución 100-000041 del 2021 de esta Superintendencia, se emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver ni a decidir situaciones de orden particular, ni constituye asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto, se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, no comprometen la responsabilidad de la Entidad, no constituyen prejuzgamiento y tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias judiciales o administrativas en una situación de carácter particular y concreto.

Para atender la petición de consulta, se parte de la base de una entidad vigilada por la Superintendencia Nacional de Salud que pretende una reforma estatutaria de escisión que supone la disminución de su capital social.

La petición de concepto que se estudia, consiste básicamente en establecer si en una reforma estatutaria de escisión parcial² de una S.A.S., que implica disminución de su capital social, mediante la cual la sociedad transfiere parte de su patrimonio en bloque a otras sociedades, sin liquidarse, debe exigirse el cumplimiento de las previsiones del artículo 145 del Código de Comercio³, en materia de reformas estatutarias de disminución de capital social.

Específicamente, que *"...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..."*, puesto que en el caso que se plantea, *"...los activos sociales sí representan menos del doble de los pasivos externos antes y después de la reducción del capital social..."*

Sobre el particular, se estima suficiente indicar que la reforma estatutaria de disminución de capital, prevista en el artículo 145 del Código de Comercio, es una reforma independiente y distinta de la reforma estatutaria de escisión.

La disminución de capital es una reforma que interesa únicamente a la entidad que la adopta, la cual a través de la decisión de su máximo órgano social puede decidir autónomamente modificar las bases estructurales de sus estatutos. Pero cuando quiera que decida la disminución de su capital social, se afecta, objetivamente la prenda general de los acreedores, circunstancia que se equilibra claramente con la exigencia de que su autorización esté supeditada a la inexistencia de acreencias o a que éstas no sean inferiores al doble de los activos sociales una vez hecha la disminución del capital.

La escisión por su parte, es una reforma estatutaria en la cual están vinculadas dos o más entidades económicas, reforma a través de la cual una parte o la totalidad del patrimonio de la entidad escidente se transfiere en bloque a las entidades beneficiarias, según se trate de escisión total o de escisión parcial. A través de la escisión se constituye, por ministerio de la ley que rige la escisión, una universalidad jurídica conformada por

² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 222 de 1995. "Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones." Visible en <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1655766>

³ COLOMBIA. GOBIERNO NACIONAL. Decreto Ley 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. "ARTÍCULO 145. AUTORIZACIÓN PARA LA DISMINUCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL. 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." Visible en <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1833376>

el bloque patrimonial objeto de traslado a la beneficiaria, que afecta activos, pasivos y patrimonio, cuya conformación implica el respectivo de traslado de responsabilidad por el pago de las acreencias correspondientes a la beneficiaria, sin consideración a las exigencias de las reformas de disminución de capital.

Su trámite las sujeta exclusivamente a las previsiones de los artículos 3 y siguientes de la Ley 222 de 1995,⁴ que en tratándose de escisiones constituyen su régimen legal propio⁵.

Es así como desde la perspectiva del régimen administrativo de autorización de reformas estatutarias de escisión, los únicos requisitos que pueden ser requeridos de manera especial por la autoridad competente, son los que se encuentran detallados en los artículos 4º y siguientes de la Ley 222 de 1995, cuyo desarrollo se encuentra regulado,

⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 19 de octubre de 2017. Exp. 05001-23-31-000-2006-03352-01 C.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. "2.1 La escisión de sociedades 2.1.1 Conforme con el artículo 3 de la Ley 222 de 19958, habrá escisión (i) cuando 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 (escisión parcial) o (ii) cuando 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 (escisión total). 2.1.2 La escisión parcial implica "el mantenimiento de la personalidad jurídica de la compañía escidente que no se disuelve, ni se extingue. Así pues, el efecto principal que produce la modificación contractual respecto de la sociedad escidente es la disminución del capital social o de otras cuentas patrimoniales, en cuantía equivalente a las partes patrimoniales transferidas en virtud de la operación". Por el contrario, en la escisión total, la sociedad escidente se extingue, sin que sea necesario cumplir con el proceso de liquidación, porque la beneficiaria asume tanto los activos como los pasivos de aquella. 2.1.3 En la escisión parcial, que es la que interesa en este proceso, la sociedad escidente, sin disolverse, fracciona su patrimonio y la porción patrimonial dividida la transfiere en bloque a la sociedad o sociedades beneficiarias (existentes o creadas). De esta manera, todo aquello que no esté incorporado en el bloque transferido a la sociedad beneficiaria, necesariamente permanece en el patrimonio de la sociedad escidente. 2.1.4 En efecto, el artículo 4 de la Ley 222 de 1995 señala que una de las especificaciones que se debe incorporar en el proyecto de escisión es la "discriminación y valoración de los activos y pasivos que se integran al patrimonio de la sociedad o sociedades beneficiarias" (numeral 4), que deberá ser aprobado por la junta de socios o asamblea general de accionistas de la sociedad que se escinde, así como la sociedad beneficiaria, cuando esta ya exista. 2.1.5 Además, el acuerdo de escisión deberá constar en escritura pública, que contendrá, los estatutos de las nuevas sociedades o las reformas que se introducen a los estatutos de las sociedades existentes, según sea el caso. De igual manera, se deben protocolizar, entre otros, el acta o las actas en que conste el acuerdo de escisión y los estados financieros certificados y dictaminados, de cada una de las sociedades participantes, que hayan servido de base para la escisión (art. 8 L. 222/95). 2.1.6 Pero, solo una vez inscrita en el registro mercantil la escritura de escisión¹¹ (i) "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 las beneficiarias, sin perjuicio de lo previsto en materia contable" y (ii) "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 hubiera, transferido. Así mismo, la sociedad escidente, cuando se disolviera, se entenderá liquidada" (art. 9 L. 222/95). Es decir, se requiere de la inscripción en la cámara de comercio, para que la escisión surta efectos entre las partes y los terceros, a diferencia de lo que ocurre con la fusión, como se verá más adelante. Por ende, el proceso de escisión se formaliza con la inscripción en el registro mercantil de la correspondiente escritura pública."

⁵ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-040911 de 01 de marzo de 2024. Visible en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159040/OFICIO+220-040911+DEL+1+DE+MARZO+DE+2024.pdf/88604e33-e484-8a68-af80-e1051abf909f?version=2.0&t=1714684578434>

además, en cuanto corresponde a esta Superintendencia, en: la Circular Básica Jurídica,⁶ la Circular Básica Contable⁷ y en la GUÍA PARA LA PREPARACIÓN Y PRESENTACIÓN DE INFORMACIÓN FINANCIERA EN LAS REFORMAS ESTATUTARIAS: FUSIÓN, ESCISIÓN Y DISMINUCIÓN DE CAPITAL expedida en el año 2023⁸.

Se observa de los requisitos establecidos para la reforma estatutaria de escisión, que ninguno de ellos remite a los requisitos para la reforma de disminución de capital, conforme al artículo 145 del Código de Comercio, circunstancia que releva el estudio sobre cualquier razonamiento acerca de la proporción en cuanto a la disminución de activos en la sociedad escidente y el traslado de activos a las sociedades beneficiarias.

En la escisión, por definición, el patrimonio de la sociedad escidente disminuye⁹, pero correlativamente se traslada a las beneficiarias en las proporciones que indique el proyecto de escisión, con lo cual se mantiene la prenda común de los acreedores, de conformidad con las reglas de responsabilidad establecidas, ya sea en cabeza de la sociedad escidente o en cabeza de las sociedades beneficiarias.

Corresponderá a los acreedores, dentro del plazo establecido, exigir las garantías pertinentes para el pago de sus créditos.¹⁰

Con base en lo expuesto, este Despacho atenderá puntualmente cada una de las preguntas:

"- Teniendo en cuenta que la escisión parcial compromete una disminución del capital social dentro de las partidas del patrimonio, ¿debe aplicarse el artículo 145 del Código de Comercio?"

⁶ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular Externa 100-000008 de 2022. Circular Básica Jurídica. Capítulo VI. Visible en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/161153/Circular+100-000008+de+12+de+julio+de+2022.pdf/64cf7caa-1459-0c5c-65b8-b4c1d744569d?version=1.2&t=1723137919621>

⁷ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Circular Externa 100-000007 de 2022. Circular Básica Contable. Visible en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/161224/Circular+100-000007+de+12+de+julio+de+2022.pdf/48f6c87d-a322-0957-c799-2be23519e9c9?version=1.4&t=1722378789216>

⁸ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Guía para la preparación y presentación de información financiera en las reformas estatutarias: fusión, escisión y disminución de capital. Fecha de expedición: septiembre 2023. Visible en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/20122/2904153/Guia+reformas+estatutarias.pdf>

⁹ Ley 222 de 1995. Ibídem. "CAPÍTULO II. ESCISIÓN. 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. 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..."

¹⁰ Ley 222 de 1995. Ibídem. "ARTÍCULO 6º. DERECHOS DE LOS ACREEDORES. 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. Parágrafo. Para efecto de lo dispuesto en el presente artículo los administradores de la sociedad escidente tendrán a disposición de los acreedores el proyecto de escisión, durante el término en que puede ejercerse el derecho de oposición."

Las previsiones del artículo 145 del Código de Comercio no son aplicables a los requisitos de transferencia en bloque del patrimonio de la sociedad escidente a sus beneficiarias en una reforma de escisión. Los requisitos de las reformas estatutarias de escisión se encuentran establecidos en los artículos 3 y siguientes de la Ley 222 de 1995.

Se trata de dos regímenes independientes.

Corresponderá a la Superintendencia Nacional de Salud verificar el destino de los activos de la sociedad escidente, para que, en el marco de sus competencias, se prevenga la dispersión de los recursos de la salud.

"- De aplicarse el artículo 145 del Código de Comercio ¿la IPS debe acreditar el cumplimiento de alguna de las situaciones previstas en dicho artículo, con el fin de dar continuidad al proceso de autorización de la reforma estatutaria?"

Como se indicó anteriormente, por regla general no se aplica el artículo 145 del Código de Comercio a la reforma estatutaria de escisión.

"- ¿Se aplica el artículo 145 del Código de Comercio en todos los casos en los que se presente una disminución de capital, independientemente del tipo de reforma estatutaria que sea propuesta por una sociedad?"

Cada tipo de reforma estatutaria debe ser atendida conforme a los requerimientos establecidos para su autorización por las normas que corresponden a su régimen jurídico. Corresponderá en cada caso concreto la verificación de las exigencias aplicables.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar la normatividad, la Circular Básica Jurídica, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la herramienta tecnológica Tesouro.