



Por el segundo oficio en cita se expresó que «la escisión ha sido entendida como aquel fenómeno en virtud del cual se produce una segregación o disgregación jurídica y patrimonial de una sociedad en dos o más sociedades, bien sea que se creen para tal fin o bien sea preexistentes al acto de la escisión, fenómeno que puede comportar la continuidad de la sociedad originaria o también su extinción, todo ello según la decisión de los asociados».

Se consideró, como procedimiento aplicable a la escisión, el mismo previsto en el Código de Comercio para la fusión, entre otras razones, porque «en ambas operaciones se halla involucrado el patrimonio social como una universalidad jurídica» y «por la similitud de los derechos y garantías que deben protegerse en las dos figuras en estudio» (ídem).

Así mismo, se manifestó que «la escisión tiene origen en una decisión de los asociados» (ídem), toda vez que, al ser ellos quienes acuerdan y estipulan las bases para el desarrollo de la empresa y los interesados en sus resultados, son también quienes, en ejercicio de la voluntad soberana que les corresponde con respecto a los destinos sociales, determinan modificar parcial o sustancialmente dichas bases, valga decir, dar un tratamiento distinto al ente jurídico, bien disolviéndolo ora continuando con él sin disolverlo pero de manera segregada.

Son los socios, entonces, quienes proponen, convienen y definen, entre otros, el contenido mismo de la escisión así como las condiciones en que la misma se realizará y, si bien, como se afirmó en el oficio 220 - 9371, «no hay un compromiso de fusión propiamente dicho para adoptar esta medida por la carencia de pluralidad de sujetos de derecho, sino que la misma es concentrada» a diferencia de lo que acontece con la fusión, es menester que, fundamentalmente, la decisión correlativa se tome por parte del máximo órgano social con el voto de la mayoría calificada exigida para la fusión, que comporta, a su turno, «la aprobación de la distribución de las partes de interés, cuotas o acciones con los métodos de evaluación que se utilicen» (ibídem), todo lo cual debe quedar plasmado en el acta que para el efecto se levante en la respectiva sesión, siendo del caso mencionar que los datos exigidos en el artículo 173 de la codificación mercantil habrán de quedar de todas formas contenidos en el documento, circunscribiendo los mismos a los connaturales de la figura en comento.

Finalmente no sobra anotar que, habida cuenta que la escisión conlleva una liquidación parcial de la sociedad que se escinde, en la medida en que a los asociados que se retiran o disminuyen su participación para formar parte de la nueva sociedad se les reconoce el valor de los aportes respectivos más el de los beneficios concernientes, «los que van a estar representados en los bienes de que se desprende la entidad escindida, sustracción hecha de las obligaciones correspondientes», (Oficio 220-1397), es dicho valor el que está llamado a formar el patrimonio de la nueva sociedad, «con lo cual es claro que el capital de esta última se integra con los aportes que, si bien se entienden realizados por los que habrán de ser sus asociados, se origina en razón de la liquidación parcial aludida y no en el traspaso que ellos hacen de parte de su patrimonio» (ídem).

Vistos los anteriores planteamientos, se procederá al examen de los interrogantes motivo de su consulta, en el mismo orden en que fueron formulados.

#### **PRIMER CUESTIONAMIENTO.**

En primer término, es oportuno anotar que por el artículo 1495 del Código Civil, el contrato se define como «el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa», esto es, aquel negocio jurídico de contraprestación dirigido en forma directa al establecimiento de obligaciones, en tanto que por el artículo 864 del Código de Comercio, «el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellos una relación jurídica patrimonial», valga decir, un negocio jurídico, bien de contraprestación o de colaboración, por el cual, además de generar o regular obligaciones o relaciones jurídicas patrimoniales, se podrán extinguir aquéllas.

En segundo término, puesto que el fundamento de la escisión comporta tanto la segregación jurídica de la sociedad que se escinde, como la de su universalidad jurídica denominada patrimonio, con el propósito de destinar o trasladar la parte disgregada a una sociedad que se crea con tal fin, como es el caso en comento, podría colegirse, en principio, que los negocios jurídicos habrían de correr la misma suerte que correspondió a la parte patrimonial y jurídica escindida, esto es, que habrían de ser transferidos o traspasados a la escisionaria en razón de que, precisamente, estos últimos son los generadores, reguladores o extintores, según sea el caso, en todo o en parte, de las relaciones jurídicas patrimoniales inherentes a la relación comentada a la universalidad.

Por lo tanto, si bien, eventualmente, la anterior premisa puede llegar a ser de suyo de lógica ocurrencia dentro del mundo de lo fáctico, es lo cierto que deben tomarse en consideración algunos de los siguientes supuestos, en aras de encontrar su viabilidad o procedencia jurídica.

Como quiera que, de conformidad con los presupuestos por usted formulados, la sociedad que se escinde no se disuelve con ocasión de la escisión, sino que, por el contrario, continúa con la empresa u objeto social que otrora desarrollara, esto es, que la persona jurídica, titular de las prestaciones convenidas en los concernientes negocios jurídicos vigentes y en ejecución al momento de la escisión, no desaparece del ámbito del derecho, no habría lugar a entenderse que, sin necesidad de expresa disposición social al respecto, se radique la titularidad de los derechos, prerrogativas y obligaciones de la escindida en cabeza

de la escisionaria por el sólo hecho de la escisión, valga decir, como simple consecuencia connatural de dicho acto.

Por otra, teniendo en cuenta que son los mismos socios de la compañía que se escinde quienes acuerdan las condiciones de la misma en la decisión de escisión *vr. gr.* el objeto social que la escindida continuará ejerciendo, la empresa de la escisionaria, los bienes, obligaciones y derechos que les corresponde a cada una asumir o ejercer como consecuencia del traslado atinente, serán ellos mismos, por ende, quienes determinen en aquel acto el traspaso, transferencia o sustitución por la escindida a favor y/o a cargo de la escisionaria, de los contratos y demás relaciones jurídicas y patrimoniales a que haya lugar con ocasión de la misma.

Ahora bien, en consideración a que no todos los negocios o relaciones jurídicas son susceptibles de ser transferidos o sustituidos o, no obstante serlo, requieren del agotamiento o cumplimiento de algún imperativo legal o estipulación convencional, es menester que se observen tales preceptivas en aras de su consecución.

Así las cosas, tratándose de contratos mercantiles, se prevé por el artículo 887 del Código de Comercio que, tanto los de ejecución periódica o sucesiva, como los de ejecución instantánea que no hayan sido cumplidos en todo o en parte, **cada una de las partes** (en este caso, la escindida) **podrán hacerse sustituir por un tercero** (escisionaria), **en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por ley o por estipulación de las mismas partes no se haya prohibido o limitado dicha sustitución.**

La misma sustitución procede en los contratos mercantiles *intuitu personae*, para lo cual se requiere de la aceptación del contratante cedido.

Para los anteriores efectos habrán de observarse las reglas atinentes a las formalidades, responsabilidad del cedente y cedido, extensión de la cesión y demás particularidades contempladas en el artículo 888 *ídem* y siguientes.

Por otra parte, respecto de los contratos estatales, esto es, de los definidos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, entre los cuales se encuentran los genéricos de concesión (num. 4 *ídem*), es de señalarse que, de acuerdo con el artículo 41 *ibídem*, «son *intuitu personae* y, en consecuencia, una vez celebrados **no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.**»

En relación específica con los contratos de concesión de los servicios y actividades de telecomunicaciones, determinados por el artículo 33 *ídem*, se establece que «los servicios y las actividades de comunicación **serán prestados mediante la concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias** por las entidades competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Ley 1900 de 1990 o en las normas que lo sustituyan modifiquen o adicionen» (in. 5o. *ídem*).

No sobra señalar que, de acuerdo con el párrafo del artículo 33 *ibídem*, «los procedimientos, contratos, modalidades de asociación y adjudicación de servicios de telecomunicaciones de que trata la Ley 37 de 1993, continuarán rigiéndose por lo previsto en dicha ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen», razón por lo cual deberá acogerse ésta en lo pertinente para el referido propósito, en cuyo caso si no se prevé disposición explícita y expresa prohibitiva o limitativa alguna, procederá la sustitución a que se ha hecho alusión. Igual premisa se aplica para los servicios de televisión que se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales y disposiciones especiales sobre la materia.

Por ende, si en los respectivos contratos de concesión administrativos las partes no han limitado o prohibido la cesión del mismo, podrá la escindida sustituir las correlativas relaciones derivadas del mismo en cabeza de la escisionaria, siempre que se obtenga de la entidad contratante, se reitera, la autorización escrita comentada y en forma previa al acto de escisión, atendiéndose a la normatividad especial en cada caso según se ha referido.

En este orden de ideas, se desprende, entonces, que es factible que los contratos privados en comento sean objeto de segregación o disgregación junto con la parte patrimonial que se separa con ocasión de la escisión y por el sólo hecho de ésta, esto es, sin necesidad de estipulación expresa alguna por parte de los socios en el acto de escisión sobre el particular, cuando la sustitución concerniente no requiera de la aceptación del contratante cedido y siempre que por norma imperativa especial o particular o por estipulación de las partes no se haya limitado o prohibido la sustitución.

No obstante, si ha de preceder la aceptación expresa del contratante cedido, deberá procederse de conformidad con lo regulado en los dichos eventos en cuanto a formalidades y demás circunstancias atinentes en aras del perfeccionamiento de la indicada sustitución, siendo del caso que la aceptación obre en el acto de escisión, sobre el entendido, claro está, que en la decisión correlativa se han estipulado por los socios las condiciones de la misma en cuanto a obligaciones, derechos, prerrogativas, efectos y demás pertinentes.

En cuanto a los contratos administrativos, no podrá entenderse la disgregación o segregación sino cuando se haya obtenido la autorización escrita por parte de la entidad en forma previa al acto de escisión y se estipule tal cesión así como sus condiciones en éste.

Por último, en cuanto a las relaciones laborales se trate, originadas con ocasión de un contrato de esa naturaleza, habrá de estarse a lo establecido en el artículo 67 del Régimen Laboral Colombiano sobre sustitución de patronos.

#### SEGUNDO CUESTIONAMIENTO.

Sirven de fundamento para este punto los precedentes argumentos en lo que sea pertinente a su interrogante, toda vez que, como es sabido, al tenor del artículo 1494 del Código Civil, las obligaciones, cuando no nacen de un hecho voluntario de la persona que se obliga, de la ley o de un hecho que a inferido daño o injuria a otra persona, se originan en las convenciones o contratos.

Por lo tanto, en síntesis, los presupuestos pertinentes que han de atenderse sobre este particular son, en esencia:

- Que se convenga en la decisión de escisión por los socios de la sociedad que se escinde, precisamente entre las condiciones de la misma, las obligaciones, derechos, atributos y prerrogativas que han de quedar a cargo de la escindida y las que se radicarán en cabeza de la escisionaria.
- Que la correlativa sustitución o cesión de derechos y obligaciones no esté prohibida o limitada por preceptiva legal o convencional.
- Que se dé cumplimiento a los requisitos y/o condiciones sustanciales y formalidades legales o convencionales para la misma.
- Que se pacte la extensión de la sustitución, los efectos de la misma, así como la responsabilidad que cabe tanto a la escindida como a la escisionaria con ocasión de la sustitución, en armonía, por supuesto, con las reglas especiales previstas para el caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica que se trate.

Como es posible observar, son los anteriores aspectos los parámetros básicos a considerar para los efectos de su cuestionamiento.

#### TERCER CUESTIONAMIENTO.

En primer lugar, el artículo 22 de la Ley 80 de 1993 establece que «todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, **contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles**, se inscribirán en la cámara de comercio de su jurisdicción **y deberán estar clasificadas y calificadas de conformidad con lo previsto en este artículo**».

Por su parte, el Decreto 856 de 1994 por el cual se reglamenta el funcionamiento del Registro de Proponentes en las Cámaras de Comercio, dispone por el artículo 1o. que «el registro de proponentes **tiene por objeto la inscripción, la clasificación y calificación de todas las personas naturales o jurídicas** que aspiren a celebrar con las entidades estatales los contratos señalados en el artículo 22 de la ley 80 de 1993».

Es **obligatoria la inscripción, clasificación y calificación en el registro de proponentes**, al tenor del artículo 4o. ídem, para todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales los contratos señalados en el inciso 1o, del artículo 22 de ley 80 atrás transcrito.

Igualmente, se prevé por el numeral 2 ídem, la renovación anual de la aludida inscripción, «para lo cual los inscritos deberán diligenciar y presentar el formulario que para el efecto determine el Gobierno Nacional, junto con los documentos actualizados que en él se indique.» Los inscritos habrán de informar en dicho formulario las variaciones relativas a su actividad a fin que se tome nota de ellas en el registro correspondiente. En todo caso, «las personas inscritas podrán solicitar a la Cámara de Comercio la actualización, modificación o cancelación de su inscripción cada vez que lo estimen conveniente, mediante la utilización de los formularios que el Gobierno Nacional establezca para el efecto». (Íbidem). Análoga disposición se plasma en los artículos 6 a 10 del Decreto 856 de 1994.

En cuanto a la **clasificación y calificación de los inscritos**, el numeral 3 de la prenombrada norma contempla que la realizarán **las mismas personas interesadas en contratar** con las entidades estatales, ciñéndose estrictamente a la reglamentación que el Gobierno Nacional en aplicación de los criterios de experiencia, capacidad financiera, técnica, organización, disponibilidad de equipos tenga en cuenta y se presentará a la respectiva Cámara de Comercio simultáneamente con la solicitud de inscripción.

Sobre la capacidad financiera del inscrito se señala en el inciso segundo ídem, que se establece con base en la última declaración de renta y en el último balance comercial, tratándose de personas nacionales, o por documentos equivalentes cuando se trate de personas extranjeras.

Ahora bien, respecto de los criterios para la calificación y clasificación en el registro de proponentes, reglamentados por el Decreto 1584 de 1994, se tiene que por el artículo 1o., se define el primer concepto

como «la asignación, **por parte del proponente**, del puntaje que le corresponde según lo previsto en el presente decreto y la fijación consecuente del monto máximo de contratación», mientras que por el segundo se entiende la clasificación como «la determinación, **por parte del proponente**, de la o las actividades, especialidades y grupos que le correspondan, según la naturaleza de los trabajos **que estime pueda contratar con las entidades estatales**».

Para los anteriores efectos, se regula en el decreto en comento, entre otros el formulario único para la inscripción en el cual se habrá de indicar, por ejemplo, los contratos ejecutados, el grupo dentro del cual se haya ejecutado, la relación del personal vinculado a la actividad(es) en la que se clasifique el aspirante, el área específica en la que se haya obtenido la experiencia, relación de equipo y disponibilidad, etc.; así mismo sobre la documentación e información estrictamente necesaria y demás requisitos según se trate de calificación y clasificación de constructores, proveedores y consultores.

Se vislumbra de la citada normatividad, entonces, que es posible para el proponente adjuntar la decisión de escisión para que sirva **como antecedente** de la calificación y clasificación de la escisionaria, como quiera que, sobre los presupuestos por usted relacionados, ésta asumirá, en forma especializada, una de las actividades de las que se ocupaba la sociedad que se escinde en quien reposa la experiencia en las diversas modalidades de contratación administrativa, más no pudiéndose entender, bajo ningún punto de vista, que sean «transferidas» «traspasadas» o «trasladadas» las condiciones de experiencia, calidades y demás de la escindida, habida cuenta que son propios e inherentes de esta.

Finalmente, en razón de que, al parecer, la clase de contratos a celebrarse por parte de la escisionaria tendrán relación con la concesión de los servicios y actividades de telecomunicaciones, es necesario tenerse en cuenta que «no se requerirá de este registro, ni de la calificación ni clasificación, en los casos de... contratos de concesión de cualquier índole», de conformidad con el inciso 6 del artículo 22 de la Ley 80 de 1993, preceptiva inserta en el artículo 4 del Decreto 856 de 1994 citado, lo cual significaría que, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 33 *ibídem* sobre la forma en que serán prestados los servicios y actividades en comento, esto es, concesión por contratación directa o licencia, que no sería menester acreditar las condiciones en comento.

En los anteriores términos se ha dado contestación a su consulta, no sin antes anotarle que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.