

**Asunto: Como consecuencia de una Escisión de sociedades, la constitución de personas jurídicas no societarias.**

Con toda atención se refiere esta Superintendencia a su consulta sobre la viabilidad de una reforma estatutaria consistente en la escisión de una sociedad con la finalidad o el efecto consistente en constituir una o varias personas jurídicas de carácter no societario, como una empresa unipersonal, una corporación, una fundación o una asociación.

I. El artículo 3 de la ley 222 de 1995 describe las modalidades de escisión de una sociedad que puede o no disolverse previendo como destinatarias una o varias sociedades preexistentes o no. Sobre esa base, mediante oficio 100 73105 de noviembre 19 de 1998, este Despacho manifestó que "La escisión es una forma de reorganización empresarial que en el derecho societario vigente en Colombia está regulada como una reforma estatutaria; constituye entonces una modificación del contrato de colaboración y de ejecución sucesiva del cual son parte los socios, quienes en esa calidad tienen el derecho a continuar siendo parte de dicho negocio jurídico. Por decirlo de una manera gráfica, la fragmentación del patrimonio social de la sociedad escidente es sucedida por la aparición de varios contratos sociales correspondientes a diferentes sociedades, en los cuales los socios tienen vocación a participar".

II. Es necesario precisar que la legislación comercial Colombiana define su ámbito de aplicación con base en un criterio objetivo, de manera que se trata de una regulación especial aplicable a los actos, operaciones y empresas que la propia ley califica como mercantiles para todos los efectos legales, sin tener en cuenta quién los celebra y ejecuta o si en dicha celebración o ejecución existe o no ánimo de lucro.

En consecuencia, no es preciso partir del supuesto según el cual la escisión, por estar regulada a propósito de las sociedades mercantiles, sea exclusiva de esta clase de comerciantes. Por el contrario, se trata de un instrumento que permite la reestructuración empresarial, al alcance no sólo de las sociedades, sino de todos los empresarios distintos de las personas naturales cuya naturaleza y estructura jurídicas sean compatibles con ésta.

III. Así las cosas, empresas unipersonales, fundaciones, asociaciones no societarias y empresas industriales y comerciales del Estado, pueden desarrollar actividades mercantiles, y a esa circunstancia, que los convierte en tan participantes en el mercado como las sociedades comerciales, se une la eventualidad consistente en que para la reorganización de una empresa los socios de una sociedad escidente determinen si la fragmentación patrimonial propia de la escisión dá lugar a una o varias personas jurídicas no societarias, hipótesis que es jurídicamente viable teniendo en cuenta que no existe ninguna restricción señalada expresamente en la ley que impida que los socios decidan que en virtud de la escisión la sociedad escidente transfiera en bloque porciones patrimoniales a este tipo de entes no societarios, siempre y cuando la naturaleza y la estructura jurídica de un beneficiario de tipo no societario sean tales que hagan posible que, a cambio de la transferencia de la parte del patrimonio de la sociedad escidente que ingresa al patrimonio de dicho ente, se lleve a cabo una operación análoga a la suscripción y pago de los aportes a la sociedad beneficiaria que por cuenta y a favor de socios de la escidente se efectúa en toda escisión.

III.A. Dadas las anteriores consideraciones, procede referirse en primer lugar a la posibilidad de escisión, ya sea por creación o con la preexistencia de una entidad beneficiaria, en la que el destino final de la segregación patrimonial sea una empresa unipersonal.

Al ser la escisión un sistema de reorganización del patrimonio de una o varias sociedades, las beneficiarias pueden ser concebidas como simples medios o instrumentos dentro del proceso de escisión para efectos de la referida organización, por lo cual, y como se examina en detalle a continuación, la escisión puede dar lugar o vincular a una o varias empresas unipersonales, igualmente aptas para alcanzar tal finalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 222 de 1995, a cuyo tenor, **"ART. 80. Normas aplicables a la empresa unipersonal. En lo no previsto en la presente ley, se aplicará a la empresa unipersonal en cuanto sean compatibles, las disposiciones relativas a las sociedades comerciales y, en especial, las que regulan la sociedad de responsabilidad limitada (...)"**.

La regulación correspondiente a la escisión, a primera vista, corresponde a un mecanismo en el cual intervienen únicamente sociedades, personas jurídicas cuyo sustrato real y contractual supone la pluralidad de personas. Sin embargo, no debe perderse de vista que también existe una previsión positiva que señala que a las empresas unipersonales se le aplicarán "en cuanto sean compatibles", las disposiciones relativas a las sociedades comerciales, como las previsiones de la escisión, por supuesto; de manera que de lo que se trata entonces es de establecer la compatibilidad o incompatibilidad entre dicho mecanismo y la participación en él de una empresa unipersonal.

III.A.1. La analogía contemplada en el título preliminar del estatuto mercantil señala un primer criterio que permite la vinculación de la empresa unipersonal en calidad de beneficiaria de una escisión, como quiera que en el artículo

primero del mencionado estatuto se deja abierta la posibilidad para que los asuntos de naturaleza mercantil no regulados expresamente por la ley comercial sean decididos por analogía de sus normas. Y puesto que además de la aplicabilidad a las empresas unipersonales de las normas societarias que les sean compatibles, se está en presencia de un asunto de naturaleza comercial, no debe existir duda en cuanto a que la escisión es tan aplicable a las sociedades como a la empresa unipersonal.

Resulta entonces que puede ocurrir que los socios decidan unánimemente que en la entidad nueva creada en virtud de la escisión de una sociedad, sólo participe uno de ellos, con lo cual se impone entonces la constitución de una empresa unipersonal, como quiera que, " (...) **En opinión de esta Superintendencia, la participación de los socios de una sociedad escindida en el capital de todas y cada una de la sociedades beneficiarias no es un elemento esencial de la escisión ; en los términos del artículo 1501 del C. C., aplicable a los actos y contratos comerciales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 822 del Código de Comercio (en adelante "C. De Co."), se trata de un elemento de su naturaleza, y como tal admite una decisión en contrario, adoptada por unanimidad, según la exigencia especial y expresa del artículo 3o. de la Ley 222 de 1995 sobre el particular y, en el entendido de que dicha reforma estatutaria se ajuste en todos sus otros aspectos a la ley.**"

Es necesario precisar que es legalmente viable que la persona jurídica resultante de una escisión pueda tener la forma de empresa unipersonal, dada la estructura jurídica de ésta última. En efecto, teniendo en cuenta las cuotas en que se divide su capital, y a las cuales les son aplicables tanto las reglas sobre participaciones sociales en general como sobre cuotas en particular, según se establece en el artículo 80 de la ley 222 de 1995, dichas cuotas son correlativas a la parte del patrimonio social de la sociedad escidente que se transfiere a título de escisión; y su suscripción y pago se hace por cuenta y en nombre del socio de la escidente que en el acuerdo de escisión recibe tales cuotas y se convierte en titular de la empresa unipersonal creada, al darse cumplimiento al mandato de la norma según la cual " los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las sociedades beneficiarias en las mismas proporciones que tengan en aquella, salvo que por votación unánime de las acciones, cuotas sociales o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios de la escidente, se apruebe una participación diferente". Sin embargo, se anota que sólo podrán segregarse las partes patrimoniales correspondientes, según el caso, a las de un socio a la vez, con destino a la creación de una o varias empresas unipersonales, pues de lo contrario éstas perderían una de sus características fundamentales, a saber, la existencia de un titular único.

Así que determinada su compatibilidad, este Despacho no encuentra objeción alguna para que una sociedad pueda llevar a cabo una reforma estatutaria consistente en la escisión del patrimonio social con miras a crear una o varias empresas unipersonales.

III.A.2. De otra parte, si de lo que se trata es de la segregación patrimonial de una sociedad con la participación de una empresa unipersonal beneficiaria preexistente, podría estarse en presencia de las siguientes situaciones :

1. En el compromiso de escisión, los socios acuerdan participar en la beneficiaria, es decir, en la empresa unipersonal, de forma tal que las cuotas sociales en que se divide el capital de la empresa pertenecerán a dos o más socios.

Es éste un supuesto que no ha sido excluído de la regulación prevista para este mecanismo de organización empresarial, habida cuenta que en el artículo 77 de la Ley 222 de 1995, se establece que "Cuando por virtud de la cesión o por cualquier otro acto jurídico, la empresa llegare a pertenecer a dos o más personas, deberá convertirse en sociedad comercial...". Ese acto jurídico puede ser ni más ni menos que la escisión, en cuyo caso la reforma que el mismo comporta permite cumplir con los requisitos para que opere el tránsito de empresa unipersonal a sociedad.

2. En forma unánime se acuerda que sólo uno de los asociados de la escidente participará en el capital de la beneficiaria, y eventualmente puede tratarse de la misma persona natural o jurídica titular de todas las cuotas de la empresa unipersonal.

Así las cosas, resulta viable aceptar que la beneficiaria sea una empresa unipersonal, sin que por efecto de la escisión, su naturaleza mude de condición, es decir, deba convertirse en sociedad.

3. Por lo expuesto, resulta jurídicamente viable escindir empresas unipersonales, pues se trata de una figura de reestructuración empresarial compatible en todo sus aspectos con la normatividad prevista para la empresa unipersonal, que puede efectuarse en condiciones de seguridad para los terceros vinculados a esta operación.

Consecuente con las razones expuestas, estima esta Superintendencia, que, de conformidad con el artículo 80 de la Ley 222 de 1995, pueden escindirse empresas unipersonales y procede la escisión cuando la beneficiaria de la segregación patrimonial sea una empresa unipersonal, bien sea que ésta nazca a causa de la operación o que ya exista antes de ella.

IV. Ahora bien, en lo que tiene que ver con empresas cuyo objeto es la prestación de servicios públicos y que pueden asumir la forma de una empresa industrial comercial del Estado, es posible, y está autorizado en forma expresa por la ley, que de una escisión se derive la creación de una empresa de un solo dueño o titular, como ocurre precisamente con las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (Parágrafo 1, Artículo 17 de la Ley 142 de 1994).

V. De otro lado, tratándose de personas jurídicas no societarias correspondientes a entidades sin ánimo de lucro, es necesario establecer si la escisión prevista en la ley comercial para crear entes jurídicos de ésta especie, ajenos desde un punto de vista subjetivo al derecho comercial pero que frecuentemente desarrollan actividades mercantiles como su objeto principal, independientemente de si la finalidad perseguida implica o no un ánimo de lucro.

V.A. Conviene entonces para estos efectos distinguir entre las distintas clases de personas jurídicas dos grandes grupos, a saber, las de tipo asociativo y aquellas de naturaleza no asociativa.

Entre las primeras importa mencionar a título enunciativo, las sociedades comerciales, por una parte, y los entes no lucrativos, a saber, las corporaciones o asociaciones, las juntas de acción comunal, las entidades de naturaleza cooperativa, las asociaciones mutuales, los fondos de empleados, entre otros.

Dentro del segundo grupo se destacan las fundaciones, cuya nota distintiva es la afectación de ciertos bienes o de un capital al acometimiento de un fin; las empresas industriales y comerciales del Estado, por medio de las cuales éste realiza actividades mercantiles, lo que las ubica en la categoría de "empresarios públicos"; y, por último, la empresa unipersonal, ésta sí de naturaleza mercantil desde un punto de vista subjetivo y objetivo.

V.B. Aunque por su objeto y por su tratamiento legal las entidades sin ánimo de lucro difieren en su esencia de las sociedades comerciales y no se encuentra remisión que permita la aplicación general del régimen societario y sí, en cambio, se encuentran disposiciones que prohíben su conversión en sociedades comerciales o su fusión con empresas que no compartan el objetivo que inspiró la creación de la entidad sin ánimo de lucro, respecto de la escisión otras pueden ser las consideraciones que deban tenerse en cuenta.

En ese sentido, es preciso tener presente la posibilidad de que la escindida beneficiaria sea un ente de tipo no societario, siempre y cuando se establezca, como en el caso de la empresa unipersonal, la compatibilidad que sirve de presupuesto para su aplicación en todo asunto mercantil objetivamente considerado. En efecto, como ocurre con la participación que tienen los socios en una sociedad, y que se concreta en acciones, partes de interés o cuotas, es indispensable que éstos al convertirse en miembros de la escidente se conviertan en titulares de derechos en la entidad beneficiaria; naturalmente que tal cuestión no envuelve ninguna complicación en el evento en que el socio se mantenga como titular de participaciones de capital en la escidente y no forme parte de la beneficiaria.

Sobre este particular se advierte que no es indispensable que los socios de la escidente vean materializada su participación en derechos análogos a las cuotas, partes de interés o acciones en sociedades comerciales, como quiera que pueden corresponder a otra clase de derechos personales, esto es, en bienes incorpóreos que formen parte del activo del patrimonio de cada asociado, y cuyas características dependan de cada caso en particular.

En éstos términos, y teniendo en cuenta que el ánimo de lucro del sujeto o la finalidad lucrativa de la actividad de éste no son determinantes para la procedencia de la escisión, resulta viable que sea una corporación o cualquier otro tipo de entidad sin ánimo de lucro o una empresa industrial y comercial del Estado la que se desempeñe en calidad de escindida beneficiaria.

No sobra recordar que la escisión solo alcanzó un desarrollo positivo hasta el año de 1995 y que con anterioridad a esa fecha la figura podía operar con base en la autonomía de la voluntad privada que se deriva de la libertad de iniciativa privada. Así las cosas, la ley 222 de 1995 sólo desarrolla la figura teniendo como punto de referencia la sociedad comercial. Lo anterior no significa que sólo opere para entes societarios, pues su aplicación en otros supuestos permite aprovechar sus previsiones, sobre todo en materia de salvaguarda de los terceros en cuestiones tales como los derechos de los acreedores y la responsabilidad solidaria de todas las empresas que participen de la escisión.

V.C. Un último aspecto que merece particular atención se relaciona con el caso de las fundaciones, dada la prevalencia de la finalidad altruista de las mismas y su carácter no asociativo, puesto que la transferencia patrimonial a la beneficiaria fundación exige una contraprestación a favor de los asociados de la sociedad escidente en la proporción que se pacte. Existe la dificultad consistente en que, con motivo de su estructura jurídica, en las fundaciones no existen participaciones de ninguna índole, como sí ocurre en la empresa unipersonal. Por tanto, no es posible atribuirle al fundador o fundadores cuota o derecho alguno como contraprestación a la escisión, ni se identifican derechos personales que puedan cumplir esa función. Más aún, en la medida en que lo determinante en la fundación es la finalidad perseguida con su organización y funcionamiento, no parece claro que sea una contrapartida a favor de los fundadores la correlación adecuada a la enajenación de una porción del

patrimonio de una fundación. Podrá plantearse que puedan surgir derechos personales a favor de personas determinadas o determinables, como por ejemplo las personas que puedan considerarse beneficiarias de la finalidad perseguida a través de la fundación y cuyas obligaciones correlativas sean exigibles a la entidad nueva o preexistente que reciba la porción patrimonial proveniente de la fundación; sin embargo, dicha hipótesis, más que una escisión propiamente dicha, parece corresponder a uno o varios actos jurídicos cuya tipicidad o atipicidad es irrelevante aquí, pero cuyo tratamiento jurídico y tributario es el que corresponda a cada caso concreto, siendo difícil, aunque no descartable, al menos en teoría, su combinación o concurrencia con una escisión.

Las anteriores consideraciones permiten concluir afirmativamente sobre la posibilidad jurídica que tiene una persona de naturaleza no societaria para ser beneficiaria en una escisión de sociedad comercial.

En estas condiciones se da respuesta a la consulta formulada en los términos del artículo 25 del código Contencioso administrativo.

Rad. 340.914