

OFICIO 220-234247 DEL 10 DE DICIEMBRE DE 2020

ASUNTO: ESCISIÓN

Acuso recibo de su comunicación radicada bajo el número citado, mediante la cual solicita el concepto de esta Entidad en torno a un caso concreto sobre el procedimiento para una reforma estatutaria de escisión.

La consulta se formula en los siguientes términos:

“1. De acuerdo al artículo 5 de la Ley 222 de 1995, en el trámite de una operación de escisión de una sociedad, los representantes legales de las sociedades que intervienen deben hacer una publicación en un diario de amplia circulación nacional, así como un diario de amplia circulación en el domicilio de cada una de las sociedades participantes en la que se informen los requerimientos previstos en el artículo 174 del Código de Comercio. ¿En caso de que una de las publicaciones se realice en el periódico el tiempo, cuya circulación se da tanto en Bogotá como a nivel nacional, se suplen las dos publicaciones ordenadas por la Ley o es necesario hacer dos publicaciones independientes así sean en el mismo periódico?”

2. De acuerdo al artículo 5 de la Ley 222 de 1995, en el trámite de una operación de escisión de una sociedad, los representantes legales de las sociedades que intervienen deben hacer una publicación en un diario de amplia circulación nacional, así como un diario de amplia circulación en el domicilio de cada una de las sociedades participantes en la que se informen los requerimientos previstos en el artículo 174 del Código de Comercio. Asimismo, señala la norma que el representante legal de cada sociedad debe comunicar a sus acreedores sociales sobre la escisión, mediante telegrama o cualquier otro medio con efectos similares. ¿Las publicaciones realizadas en el diario de amplia circulación nacional, así como en un diario de amplia circulación en el domicilio de cada una de las sociedades participantes suple la comunicación a los acreedores sociales de la sociedad o es un requisito aparte que debe cumplirse?”

3. En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea que deben cumplirse ambos requisitos, en sociedades cuyos acreedores pueden ser fácilmente más de 500, ¿Puede suplirse el requisito a través de la remisión de un correo electrónico a todos ellos o mediante la fijación de un aviso en el domicilio de la sociedad?”

4. Si en una sociedad no se ha pactado en los estatutos el derecho de preferencia para efectos de una operación de escisión, ¿Es necesario hacer alguna clase de trámite o proceso para tales efectos previo a la operación de escisión?

5. Sírvase discriminar los pasos para la realización de una operación de escisión, en especial, informando si cuando se trata de una sociedad por acciones simplificada dicho proceso tiene alguna modificación o particularidad.

6. En relación con los artículos 5 y 6 de la Ley 222 de 1995, cuando el pasivo de las sociedades escidente y las beneficiarias es inferior al 50% o, en otras palabras, los activos son el doble del pasivo externo, ¿Resulta necesario informar a todos los acreedores sociales?

7. Si la respuesta a la anterior pregunta es afirmativa, ¿Qué pasa con los acreedores cuya dirección de notificación no se conoce?

8. En relación con el último inciso del artículo 3 de la Ley 222 de 1995, ¿Es necesario que sean los socios de la sociedad escindida los que participen en el capital de la(s) sociedad(es) beneficiaria(s) o puede ser la propia sociedad escindida en caso de no liquidarse la que puede participar en el capital de la(s) sociedad(es) beneficiaria(s)?

Lo anterior, teniendo en cuenta los casos en que la sociedad escindida subsiste y queda con una participación menor en la(s) sociedad(es) beneficiaria(s).

9. En relación con el último inciso del artículo 3 de la Ley 222 de 1995, ¿Puede ser la participación de los socios de la sociedad escindida en el capital de la(s) sociedad(es) beneficiaria(s) de manera indirecta a través de otra compañía?

10. En relación con el último inciso del artículo 3 de la Ley 222 de 1995, ¿Pueden los socios de la sociedad escindida participar en el capital de la(s) sociedad(es) beneficiaria(s) a través de sus hijos sin que sea necesaria la participación directa de ellos?

11. En relación con el último inciso del artículo 3 de la Ley 222 de 1995, ¿Es viable que ninguno de los socios de la sociedad escindida participe en el capital de la(s) sociedad(es) beneficiaria(s) si se adopta la decisión de manera unánime?"

Aunque es sabido, es oportuno advertir que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo - C.P.C.A., sustituidos por la Ley 1755 de 2015, emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo que no se dirige a

resolver 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 ni comprometen la responsabilidad de la Entidad, como tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias administrativas o jurisdiccionales en un caso concreto.

Verificado el objeto de la consulta, se advierte con toda evidencia que hay una intención de reforma estatutaria de escisión, y que existe preocupación por la publicidad del procedimiento y por la estabilidad de la decisión que se desea adoptar frente a socios y acreedores.

Sobre el particular se plantean preguntas dirigidas a solucionar una reforma estatutaria compleja respecto de la cual no existe mayor información y que desborda la competencia consultiva de esta Superintendencia, pues como antes se mencionó, no es posible en esta instancia resolver ni asesorar asuntos de carácter particular y concreto.

Es así como se pregunta por el procedimiento para realizar una publicación en un diario, si esa publicación surte efectos frente a socios y acreedores, si es posible la notificación por correo electrónico, qué hacer con las sociedades que participan en la escisión, qué ocurre cuando el activo es superior al pasivo, entre otras cuestiones.

Se advierte entonces que la sociedad debería acudir a una asesoría personalizada de expertos en la materia, que sobre la realidad de la compañía y sobre los documentos y las circunstancias que le son propias, indique cual sería la mejor manera de realizar, dentro del marco legal, la reforma estatutaria, dar la debida publicidad a socios y acreedores, verificar su realidad contable, económica, jurídica y administrativa, y aconsejar la mejor forma de realizar el trámite deseado.

Con el alcance y las observaciones señaladas, se procede a continuación a responder cada una de las preguntas formuladas en el mismo orden en que fueron planteadas:

1. La publicidad en las reformas estatutarias es crucial y determinante, habida consideración de las consecuencias para los asociados, inversionistas, acreedores y terceros vinculados a la sociedad.

Par responder a su pregunta, a continuación, se transcriben las previsiones de la Circular Básica Jurídica de esta Superintendencia sobre el asunto:

“El aviso de fusión y escisión de que tratan los artículos 174 del Código de Comercio y el 5° de la Ley 222 de 1995, respectivamente, se deberá publicar de la siguiente manera:

(...)

Si se trata de escisión, 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. La publicación podrá hacerse en un solo diario, si este tiene amplia circulación nacional y amplia circulación en el domicilio social de cada una de las sociedades participantes.”¹

2. Como se mencionó anteriormente, la publicidad de las decisiones sociales es indispensable para la guarda los derechos de terceros, de los accionistas y de la misma sociedad.

El artículo 5° de la Ley 222 de 1995 establece lo siguiente:

“ARTICULO 5o. PUBLICIDAD. *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.”

Como expresamente lo indica el artículo 5° de la Ley 222 de 1995, es imperativo que se haga la publicación de un aviso que contendrá los requerimientos previstos en el artículo 174 del Código de Comercio, 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.

De otra parte, también es mandatorio que los representantes legales involucrados en la reforma de escisión, comuniquen el acuerdo de escisión

¹ Superintendencia de Sociedades. Circular Básica Jurídica. Circular Externa 100-000005 de 2017, Numeral ii, Subliteral b, literal B, numeral 1, Capítulo VI

a los acreedores sociales, mediante telegrama o por cualquier otro medio que produzca efectos similares.

Lo anterior, su vez, en concordancia con lo señalado por la Superintendencia de Sociedades en su Circular Básica Jurídica - Circular Externa 100-000005 de 2017, literal B, numeral 1, Capítulo VI.

3. Para atender esta inquietud y la planteada en el numeral 7° de su consulta, es suficiente transcribir lo manifestado por esta Superintendencia mediante el Oficio 220-149872 del 24 de julio de 2017, según el cual:

“Con ello es claro que si bien para la época de expedición de la Ley 222 de 1995, la ley consideró idónea para los fines de la información individual a cada interesado, la comunicación telegráfica, dada su eficiencia probada en otros escenarios, también lo es que desde entonces incluyó una aclaración fundamental, al advertir de manera expresa que para ese fin se podrá emplear “cualquier otro medio que produzca efectos similares”, de donde es indiscutible que son permitidos otros medios de comunicación diferentes al telegrama para proporcionar la publicidad aludida, a condición de que tengan un alcance semejante. Ahora que han transcurrido más de veinte años de vigencia de la mencionada ley y, a pesar de que aún sobrevive tímidamente el telegrama como medio escrito de comunicación, operado exclusivamente por la Red Postal Nacional que cuenta con oficinas o representantes en todo el territorio, resulta por decir lo menos obvio, que éste se ha venido reemplazando por otros mecanismos escritos de comunicación tanto o más eficientes por su inmediatez, agilidad, economía y facilidad en su acceso, tales como el mensaje electrónico de datos al cual, como se verá, la ley ha otorgado plena validez como eficiente medio escrito de comunicación. Al tenor del artículo 2 de la Ley 527 de 1999, los mensajes de datos pueden definirse como: “ (...) a) Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax; (...)” En cuanto hace a los requisitos jurídicos de los mensajes de datos para su reconocimiento como medio idóneo escrito de comunicación, esta misma ley dispone: “ARTÍCULO 6. ESCRITO. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.” (Destacado y subrayado

extratextual) De acuerdo con la norma invocada y considerando el contexto actual en materia comercial, en el que el mensaje de datos contenido en correos electrónicos, internet, intercambio de datos, etc. es preferido en muchos casos a la comunicación telegráfica, es dable colegir que cuando el inciso 2º, artículo 5º de la Ley 222 de 1995 se refiere a cualquiera otro medio que produzca efectos similares al telegrama, se entienden idóneos y por ende surten efectos para la publicidad individual que ha de dirigirse a los acreedores en los procesos de escisión y fusión de compañías, cualquier modalidad de mensaje escrito de datos, en la medida que como la norma exige, éste dé noticia del acuerdo de escisión o del compromiso de fusión, según el caso, a cada acreedor, circunstancia que deberá evaluarse en cada caso particular. En este orden de ideas, al prever el inciso segundo del artículo 5º de la mencionadas Ley 222 de 1995 que la comunicación a los acreedores debe efectuarse por telegrama o cualquiera otro medio que produzca efectos similares, y atendiendo al significado del término “similar” que ofrece la Real Academia Española, que lo describe como “Que tiene semejanza o analogía con algo”, se estará a su espíritu, siempre que los alcances del medio utilizado, cuando no se acude al telegrama, resultan semejantes, es decir si a través suyo se cumple el cometido de informar oportunamente a cada destinatario. En consecuencia, a juicio de esta oficina cualquiera de los medios a que alude la Ley 527 de 1999 como mensajes de datos a través de los cuales pueda comunicarse por escrito el acuerdo de escisión o el compromiso de fusión a cada uno de los acreedores sociales en su debida oportunidad, será válido como medio alternativo al telegrama, sin perjuicio de la evaluación que en cada caso particular haya de efectuarse.”²

4. 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. Por otra parte, no resulta claro como el derecho de preferencia en la negociación de acciones podría aplicar a una reforma estatutaria de escisión, tal y como lo plantea en su consulta.

5. El paso a paso de la operación de reformas estatutarias se encuentra descrito en el Capítulo VI de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades, en el cual se discrimina entre el régimen de autorización general y el régimen de autorización previa³.

² Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-149872 del 24 de julio de 2017. Visible en https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-149872.pdf

³ Superintendencia de Sociedades. Circular Externa 100-000005 de 2017. Visible en https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/NormatividadCircularBasicaJuridica/2017-01588643.pdf

En tratándose de sociedades S.A.S., la Ley 1258 de 2008, prescribe en su artículo 3°, en materia de escisión lo siguiente:

“ARTÍCULO 30. NORMAS APLICABLES A LA TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN. Sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en la presente ley, las normas que regulan la transformación, fusión y escisión de sociedades le serán aplicables a la sociedad por acciones simplificadas, así como las disposiciones propias del derecho de retiro contenidas en la Ley 222 de 1995.

PARÁGRAFO. Los accionistas de las sociedades absorbidas o escindidas podrán recibir dinero en efectivo, acciones, cuotas sociales o títulos de participación en cualquier sociedad o cualquier otro activo, como única contraprestación en los procesos de fusión o escisión que adelanten las sociedades por acciones simplificadas.”

En términos generales, para el caso de las S.A.S., hay una remisión al Código de Comercio y a la Ley 222 de 1995, con la única advertencia de que los accionistas pueden recibir dinero en efectivo, acciones, cuotas sociales o títulos de participación con lo cual se hace más flexible el proceso en relación con las prestaciones que deban recibir los asociados⁴.

6. El supuesto señalado en el inciso segundo del artículo 6° de la Ley 222 de 1995, no suspende el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 5° de la Ley 222 de 1995.

7. Esta pregunta fue respondida de acuerdo a lo manifestado en la pregunta 3.

8. De conformidad con el artículo 3° de la Ley 222 de 1995, la escisión se define de la siguiente manera:

“ARTICULO 3o. MODALIDADES. Habrá escisión cuando:

4 Superintendencia de Sociedades. Oficios 220-204352 de 2020, visible en
https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-204352_DE_2020.pdf 220-034910 de 2012, visible en
https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/32346.pdf 220-025512 de 2012, visible en
https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-025512_DE_2012.pdf 220-117278 de 2009, visible en
https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/30085.pdf

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.*

La sociedad o sociedades destinatarias de las transferencias resultantes de la escisión, se denominarán sociedades beneficiarias.

Los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las Sociedades beneficiarias en la misma proporción que tengan en aquélla, salvo que, por unanimidad 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.”

Como lo señala determinantemente el último inciso del artículo transcrito, son los socios los beneficiarios de las participaciones en la sociedad escindida.

Sin perjuicio de lo anterior se entiende que, con posterioridad a la reforma estatutaria de escisión, la sociedad escidente puede adquirir acciones de la escindida, ya sea por negociación de acciones con los socios de la misma o por suscripción de acciones, en el evento de una emisión; sin embargo, no se entiende cual es la intención de trasladar activos a una nueva sociedad, para luego querer quedarse con los mismos.

9. De conformidad con el artículo 3° de la Ley 222 de 1995, se insiste en que son los socios de la sociedad escindida son los llamados a participar en la sociedad escindida según el caso, en proporción a las participaciones correspondientes.

En cumplimiento del artículo 3° de la Ley 222 de 1995, los socios no pueden participar de manera indirecta a través de otra compañía.

Cada sociedad una vez constituida forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados⁵

5 Artículo 98 del Código de Comercio.

10. Una vez los socios reciban sus participaciones en la sociedad escindida, desde luego que pueden transferir sus acciones a sus hijos, respetado el derecho de preferencia en caso de encontrarse pactado.

11. Es posible que los asociados, una vez recibidas sus participaciones en la sociedad escindida, las transfieran a quien les parezca, si unánimemente renuncian a su derecho de preferencia, en caso de encontrarse pactado.

En los anteriores términos su solicitud ha sido tendida, con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - C.P.C.A., sustituido por la Ley 1755 de 2015, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos, la jurisprudencia, que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.

legis