

**ALGUNAS LUCUBRACIONES SOBRE ESCISIÓN
DE SOCIEDADES**

Dr. Gastón Certad M.

Profesor Catedrático de Derecho Comercial
en la Universidad de Costa Rica y en la
Universidad Autónoma de Centro América

Los institutos de la fusión, la escisión y la transformación de sociedades se hallan dentro de lo que la doctrina societaria denomina comúnmente **modificaciones estructurales de reorganización de la empresa.**⁽¹⁾ Las dos primeras son figuras aparentemente contrapuestas, hasta el punto que se ha llegado a afirmar que la escisión “...es una fusión al revés. Es la operación inversa de la fusión...”⁽²⁾ pero al mismo tiempo, guardan entre sí una estrecha relación tanto desde el punto de vista funcional como desde el punto de vista técnico.

Así como la fusión de sociedades ha sido regulada, con mayor o menor amplitud pero con criterios semejantes, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos por nosotros consultados, la **escisión**,⁽³⁾ o no lo ha sido del todo –como sucede en Costa Rica– o la ha sido hasta época relativamente muy reciente, llegando incluso a discutirse, en aquellos países en donde no se la ha regulado *expressi verbis*, su eficacia y sus límites, aunque se tenga conciencia que los importantes fines a los que sirve esta operación societaria mercantil resultarían

-
- (1) La muy nueva Ley General de Sociedades del Perú denomina la Sección Segunda del Libro IV con el nombre de “Reorganización de sociedades”, comprendiendo en ella, bajo los títulos I a IV, en su orden, la transformación, la fusión, la escisión y otras formas de reorganización, rubro en el que contempla (i) las segregaciones patrimoniales simples; (ii) las operaciones combinadas de reorganización múltiple; (iii) las operaciones simultáneas; (iv) las reorganizaciones de sociedades constituidas en el extranjero; y (v) las reorganizaciones de sucursales de sociedades constituidas en el extranjero.
 - (2) En España, DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., *La escisión de sociedades*, en Estudios de Derecho Comercial en homenaje a Rodrigo Uría, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 127; en Italia, CAMPOBASSO, Gian Franco, *Diritto Commerciale. 2. Diritto delle Società*, Colección *Il Sistema Giuridico Italiano*, 3ª edición, U.T.E.T., Torino, Italia, p. 564. En la fusión desaparecen una o más sociedades mercantiles cuyos patrimonios y socios se integran en una nueva sociedad o en otra ya existente, mientras que en la escisión el patrimonio de una sociedad se divide y pasa a integrarse en otras sociedades creadas al efecto o que ya existían.
 - (3) Si se desea profundizar conocimientos sobre esta figura, véase, en el derecho español, RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando, *Escisión*, en Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, T. X, vol. 3º, Transformación, Fusión y Escisión de la Sociedad Anónima, Editorial Civitas, S.A., Madrid, España, 1993. En el Perú, LAROZA, Enrique Esteban, “*Derecho Societario Peruano*”, Lima, Perú, 2001.

prácticamente inalcanzables sin el reconocimiento legal de esta figura y, en particular, de la sucesión universal de la sociedad que se escinde por las sociedades beneficiarias.⁽⁴⁾

El proceso de concentración de sociedades, cuyo principal protagonista es la fusión, se inicia en el siglo XIX, adquiriendo un auge notable durante el siglo pasado. Nuestro país, fundamentalmente basado en una economía agrícola, no fue un protagonista significativo de ese auge. Sin embargo, en el último tercio del siglo XX el crecimiento de nuestras empresas nos ha colocado en un sitio importante, a lo que ha contribuido, sin duda, últimamente, la política mundial de mercados abiertos. Sin embargo, en igual medida en que las fusiones, y demás concentraciones, aportaban una serie importante de resultados positivos para las empresas agrupadas, en estos últimos años han comenzado a aparecer en nuestro país algunos efectos perniciosos consecuencia del crecimiento desmedido. Resulta manifiesta la pérdida de dinamismo, lo que va a convertirse, con el tiempo, en ineficacia de la empresa debido a la “burocratización” de sus órganos y al “tortuismo” en la toma de decisiones. Ante estos problemas, que ya aquejan a nuestras empresas de medianas dimensiones, surge la imperiosa necesidad de **reorganizar** la empresa o las empresas del grupo para reencontrarse con la dinámica y con la eficiencia que antes tenían; surge ahora la necesidad de desconcentrar, desgranar, descomponer, dividir, desmembrar la gran empresa en varios núcleos más pequeños y más eficientes. Esa necesidad debe ser reconocida y protegida por el legislador mediante mecanismos rápidos y eficientes. Entre ellos se destaca con luz propia la escisión. Es por esto que nuestro legislador no puede seguir prestando “oídos de mercader” a las necesidades empresariales que plantea el nuevo milenio, debiendo trabajar en la promulgación de una moderna teoría de la reorganización empresarial, a la manera, tal vez, del legislador peruano.

El pionero de la regulación sustantiva de la escisión es, sin lugar a dudas, el Derecho Francés con la promulgación de la Ley de

(4) Imaginémonos una sociedad mercantil: que a) vende vehículos automotores nuevos, b) vende vehículos automotores usados, c) alquila vehículos automotores, d) repara mecánicamente vehículos automotores, e) endereza y pinta vehículos automotores, y f) vende repuestos para vehículos, a la que sus asesores legales y financieros le recomiendan separar esas seis actividades en seis sociedades distintas. De no admitirse la escisión, el “papeleo” sería tortuoso y los costos, muy elevados.

Sociedades de 1966;⁽⁵⁾ pero no es sino con la promulgación de la Sexta Directiva del Consejo del 17 de diciembre de 1982, basada en el literal g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado (82-89-CEE), que se impulsa la regulación de la escisión en los Estados miembros de la Comunidad Europea, y de allí, al resto del mundo.⁽⁶⁾

Como dijimos líneas atrás, nuestro Código de Comercio ni regula, ni menciona siquiera la escisión; pero lo más trascendental es que tampoco la prohíbe.⁽⁷⁾ En cuanto se trata de una operación entre sociedades,⁽⁸⁾ cualquier sociedad puede participar en ella ya como escindida, ya como sucesora del patrimonio de ésta (sea de nueva creación o ya existente); sin embargo, en los países europeos, la sociedad que se escinde debe ser una s.a., quizás porque la división en partes de una sociedad supone que esta sea una gran sociedad, característica propia de la sociedad por acciones desde sus primeros prototipos, en los albores del siglo XVII (al menos en Europa).

La operación en que la escisión consiste responde a exigencias de reestructuración y de reorganización hacendística que en nada se diferencian a la de aportar en sociedad un establecimiento mercantil o

(5) Sin embargo, DUQUE DOMÍNGUEZ (J. F., *op. cit.*, en nota 1, p. 128) afirma que *“los procesos de escisión o división de sociedades surgidos en la práctica del derecho de la reestructuración de empresas en el derecho francés, se remontan a los años 1949 y 1952”*.

(6) Aunque sabemos de algunos pocos hermanos países latinoamericanos que la regularon antes de esa década.

(7) Por más que un importante y muy distinguido sector doctrinario sostenga con vehemencia que, desde hace ya algunos lustros, se ha venido produciendo, cada vez con más intensidad, el fenómeno que algunos llaman de la **“publicización” del Derecho Comercial** –sobretudo en relación a ciertas instituciones mercantiles, como la sociedad anónima y los títulos valores–, lo cierto es que en nuestro país todavía se lo considera y se lo tiene –cuando menos por el legislador y la jurisprudencia administrativa y jurisdiccional– como Derecho Privado.

(8) De las que la legislación europea no excluye a las civiles ni a las cooperativas, aunque sí quedan fuera, en Italia al menos –por expresa sanción normativa del **Codice Civile**–, las sociedades sometidas a procedimientos concursales y las que se hallen en estado de liquidación, siempre que hubieren iniciado la distribución del activo. CAMPOBASSO, Gian Franco, *op. cit.*, en nota 1, p. 566.

industrial o un ramo de un establecimiento mercantil o industrial, por ejemplo; pero se distinguen claramente en el plano jurídico: en la escisión, las acciones, cuotas o participaciones sociales de las sociedades beneficiarias del traspaso patrimonial son adquiridas directamente por los socios de la sociedad que se escinde y no por la sociedad misma, de modo que para los socios, el contrato social continúa en nuevas y distintas estructuras societarias.

La llamada **escisión propiamente dicha** se produce como consecuencia de la extinción de una sociedad (en Europa necesariamente anónima), con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque a dos (o más) sociedades de nueva creación, o es absorbida por dos (o más) sociedades ya existentes (llamadas sociedades beneficiarias y que pueden ser de cualquier tipo) o ambas cosas a la vez. A esta figura se le llama **escisión total** y se caracteriza porque la sociedad escindida se extingue sin disolución ni liquidación ni definición de sus relaciones con sus acreedores y entre sus socios, dado que la actividad continúa en cabeza de las sociedades beneficiarias que asumen los correspondientes derechos y obligaciones de acuerdo a la cuota patrimonial que a ellas se les transfirió.

Estamos por el contrario ante una **escisión por incorporación** cuando se produce la separación en una o varias partes del patrimonio de una sociedad (en Europa necesariamente anónima), sin que se produzca su extinción, traspasándose en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes (sociedades beneficiarias de cualquier tipo) o ambas a la vez; por supuesto que aquí la sociedad escindida no se extingue, pero debe disminuir su capital social en medida proporcional al capital neto transferido, continuando la actividad paralelamente a las sociedades beneficiarias. Es ésta la llamada **escisión parcial**.

Efecto típico y constante de toda escisión es la directa atribución a los socios de la sociedad escindida de las acciones o cuotas de la o de las sociedades beneficiarias.

No debemos confundir la escisión con la llamada **segregación patrimonial o desincorporación** –que no es una escisión en sentido estricto– que se produce cuando una sociedad de cualquier tipo –en Europa necesariamente anónima– aporta parte de su patrimonio a otra u otras sociedades, ya existentes o de nueva creación, y a cambio la sociedad que se segrega –y no sus socios como sucede en la escisión–,

recibe acciones, cuotas o participaciones sociales de las sociedades beneficiarias de esa aportación.

Ninguna de estas figuras –ni las distintas escisiones apenas descritas, ni la desincorporación– es regulada por nuestro Código de Comercio, ni por ley alguna que nosotros conozcamos; lo cierto es que nuestro legislador ni siquiera las menciona. Ello no obstante, opinamos que en un país en donde rige el principio de la libre contratación,⁽⁹⁾ en donde estas figuras contractuales societarias no están prohibidas y no atentan contra normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres, ellas deben considerarse válidas y eficaces. Es más, nosotros somos proclives a considerar que el Registro Mercantil no tiene siquiera motivos legales para denegar su inscripción.⁽¹⁰⁾ Veamos: el artículo 19⁽¹¹⁾ establece que *cualquier acto que en alguna forma modifique la estructura de una sociedad* debe consignarse en escritura pública, publicarse en extracto en el periódico oficial e *inscribirse en el Registro Mercantil*; paralelamente el artículo 235 dice que en este Registro se inscribirán, entre otras, las *escrituras* de constitución, prórroga, modificación o disolución de *sociedades comerciales*... No existe la más mínima duda que toda escisión –así como la desincorporación– conlleva, necesariamente, una modificación de la estructura tanto de la sociedad escindida –en la escisión parcial– como, eventualmente, de las sociedades beneficiarias –en todas las hipótesis aquí contempladas– de donde el acto generador de esa metamorfosis puede inscribirse en el Registro Mercantil.⁽¹²⁾

(9) “*Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes*” (Art. 1022 del Código Civil).

(10) Comparte este criterio, CARDENAS V., Rodrigo, “*La utilidad de la escisión en las sociedades mercantiles*”, en Revista Acta Académica de la Universidad Autónoma de Centro América, San José, Costa Rica, No. 33, próximo a publicarse en noviembre del 2003.

(11) Cuando en este ensayo se cite un artículo de ley sin indicar su procedencia, se entenderá que se halla en el Código de Comercio.

(12) A idénticas conclusiones se llega con fundamento en los artículos 4 de la “Ley sobre inscripción de documentos en el Registro Público”, N° 3883 del 30 de mayo de 1967 y sus reformas, y 24 y 49 inciso f) del “Reglamento del Registro Público”, decreto ejecutivo N° 26771-J del 18 de febrero de 1998 y sus reformas.

Claro que la laguna más seria la constituye, en todo esto, la falta de articulación normativa de un procedimiento. Lo primero que podríamos decir y recomendar al respecto es que ese procedimiento omitido por el legislador sea articulado en el estatuto de la sociedad, con el cuidado de no crear indefensión para las sociedades envueltas en el mismo, para sus socios ni para terceros –esto es, con respeto al debido proceso de que tanto ha hablado nuestra Sala Constitucional últimamente.

A falta de regulación estatutaria, nosotros consideramos que podría aplicarse –por supuesto que con las adaptaciones del caso en atención a los distintos efectos de ambas operaciones–, el procedimiento contemplado normativamente para la fusión (arts. 221, 222 y 224), al ser ésta considerado, por la mayoría de los autores, como el fenómeno diametralmente opuesto a la escisión. Veamos: el procedimiento de fusión está descompuesto, en nuestro país, en tres fases esenciales: el proyecto de fusión, la deliberación de la fusión y el acto de fusión. De la misma manera debería implementarse el procedimiento de la escisión: con base en la normativa vigente, los administradores de las sociedades participantes en la escisión deberían preparar un proyecto de escisión, que será luego sometido a la aprobación de las respectivas asambleas (extraordinarias) de socios y cuyas actas deberán ser protocolizadas por Notario Público; un extracto de esa escritura se deberá publicar (por lo menos) una vez en el Diario Oficial e inscribirse en la Sección Mercantil del Registro Público (doctrina del art. 221).

La lógica impone que ese “proyecto” debería incluir, por lo menos, el pacto constitutivo de las nuevas sociedades que resulten de la escisión o las (eventuales) modificaciones a los pactos sociales de las absorbentes –si la escisión fuere total–; o las modificaciones al pacto de la sociedad escindida y las (eventuales) variaciones al pacto o pactos sociales de la absorbente o absorbentes –si la escisión fuere parcial–; la relación de cambio de las acciones, cuotas o participaciones sociales,⁽¹³⁾ la disciplina de las eventuales equiparaciones en dinero, así como la modalidad de asignación de las cuotas, acciones o participaciones de la sociedad o sociedades beneficiarias a los socios de la escindida. Además, es de suponer que los administradores deben preparar la situación patrimonial

(13) La relación de cambio es la relación con base en la cual se atribuyen las participaciones sociales de la sociedad o sociedades beneficiarias de la escisión, de nueva creación o ya existentes, a los socios de la sociedad escindida, y resulta, a no dudarlo, el aspecto más delicado y complejo de todo el procedimiento.

(balance) de todas y cada una las sociedades participantes, que también deberá ser aprobada por las respectivas asambleas de socios.⁽¹⁴⁾

La escisión tendrá efecto un mes después de la publicación y podrá entonces inscribirse en la Sección Mercantil del Registro Público, si no hubiere oposiciones. Dentro de ese plazo, cualquier interesado (socios disidentes y acreedores de las sociedades participantes)⁽¹⁵⁾ podrá oponerse a la escisión en la vía ordinaria.⁽¹⁶⁾ Dicha oposición no suspenderá el procedimiento de escisión si el interés del opositor fuere suficientemente garantizado, a juicio del juez competente y en aplicación del instituto procesal de las medidas cautelares atípicas (artículos 241 a 244 del Código de Rito). Si la sentencia declarare infundada la oposición, la escisión podrá efectuarse tan pronto como aquella cause ejecutoria (doctrina del art. 222).

A partir de ese momento se produce el “nacimiento”, esto es, la diversificación subjetiva y patrimonial de la sociedad o de las sociedades que surgieron de la operación, que no afecta la responsabilidad de los socios y funcionarios de la sociedad escindida, ni los derechos o acciones contra ellos existentes (doctrina del art. 224). La sociedad o sociedades beneficiarias, nuevas o no, asumen todos los derechos y obligaciones de la escindida. Así, los acreedores de la sociedad escindida pueden hacer valer sus derechos sobre el unitario patrimonio de la sociedad o sociedades que surjan de la operación o que hayan recibido parte del patrimonio de la escindida; a su vez, los

(14) Y decimos que todo esto es de suponer, porque esta primera fase ha sido del todo ignorada por nuestro legislador en la fusión, siendo la tendencia moderna en las más recientes reformas europeas disciplinarla detalladamente con una serie de normas inspiradas por la finalidad de ofrecer una adecuada información preventiva a los socios y a los terceros envueltos en la proyectada fusión.

(15) La escisión puede perjudicar la posición de los acreedores de las sociedades participantes dado que, una vez efectuada, todos concurren sobre los patrimonios de las nuevas sociedades surgidas de la escisión o de las absorbentes –si la escisión fuere total– o bien deben compartir con otros el patrimonio o patrimonios de la nueva o nuevas sociedades o de la absorbente o absorbentes –si la escisión fuere parcial–, lo que puede dañar a los acreedores de las sociedades más sólidas.

(16) En Italia se considera que el respeto a este plazo no es necesario cuanto exista consentimiento de todos los acreedores sociales anteriores a la publicación del edicto y el pago de aquellos que no hubieren dado el consentimiento, o el depósito judicial del dinero necesario para la cancelación de esos créditos.

socios de la sociedad escindida pasan a ser socios de la o las beneficiarias, y reciben, en cambio de su originaria participación social, cuotas o acciones de esta o estas últimas. Bajo el ámbito exclusivamente sustancial, tendríamos entonces que, respecto a los socios, hay continuación –y no disolución– del contrato social,⁽¹⁷⁾ aunque la ejecución del mismo prosiga para todos en una o más sociedades diferentes y mediante una renovada y unitaria estructura organizativa.⁽¹⁸⁾

Y es que de los datos normativos emerge, con claridad meridiana, que la fusión es una modificación estatutaria bastante peculiar: con su ejecución la sociedad absorbente, o la nueva que resulte, asume los derechos y las obligaciones de las otras y estas, consecuentemente, se extinguen, es decir que varias sociedades son sustituidas por una sola, sin que se produzca ninguna solución de continuidad entre “el antes” y “el después”. Y es precisamente en esta conciliación normativa entre continuidad y extinción que reside la esencia del instituto de la fusión, y también del de la escisión.

En lo que toca al procedimiento de escisión en aquellos países que la regulan, este consiste, generalmente, en la redacción del proyecto de escisión por los administradores de las sociedades que en ella participen, con una relación ilustrativa del proyecto mismo y de la relación de cambio –criterios utilizados para la distribución de las acciones, cuotas o participaciones sociales–; preparación del balance o estado de situación de la sociedad a escindir; aceptación de la escisión por acuerdo de asamblea general extraordinaria de socios de cada una de las sociedades que participan en la operación; ejecución de la escisión, publicación en el Diario Oficial, e inscripción en el Registro respectivo mediante escritura pública, en caso de que no medien oposiciones judiciales de interesados.

(17) Por esta razón, la doctrina mayoritaria excluye correctamente que la esencia del instituto resida en la extinción de la sociedad escindida y que la escisión sea un fenómeno de sucesión, asimilable a la sucesión universal *mortis causa* de las personas físicas. Y verdaderamente, la extinción es **efecto** y no **causa** del “ingreso” de la sociedad escindida en todas las relaciones que pertenecen a las nuevas sociedades o a las absorbentes. Por eso hoy la escisión, y la fusión también, están bien encuadradas entre las vicisitudes modificativas del negocio constitutivo de las sociedades participantes (tesis sostenida en la doctrina italiana por autores de la talla de CAMPOBASSO, FERRARA, GALGANO, SERRA, SILVETTI, SIMONETTO, TANTINI).

(18) CAMPOBASSO, G.F., *op. cit.*, en nota 1, pp. 551-2.