

OFICIO 220-098210 DEL 12 DE MAYO DE 2017

ASUNTO: SITUACIÓN DE CONTROL.

Aviso recibo de la comunicación radicada bajo el No. 2017-01-160274 del 5 de abril de 2017, mediante la cual formula una serie de inquietudes sobre el tema del control, en el caso de dos sociedades respecto de una tercera, en la que cada una de aquellas es propietaria del 50% y perciben dividendos pero “*no se consideran matrices (...) ya sea individual o conjuntamente consideradas*”.

En primer lugar es de señalar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, no es dable pronunciarse sobre situaciones particulares, por lo cual los interrogantes planteados serán resumidos para delimitar el tema que será abordado de manera general, no sin antes poner de presente que para verificar por parte de esta Entidad una situación de control, los interesados deberán presentar ante la Delegatura de Inspección Vigilancia y Control- Grupo de Conglomerados la solicitud respectiva, acompañada de los documentos que aporten los elementos de juicio suficientes sobre las condiciones y las relaciones existentes entre los sujetos involucrados, en aras a adelantar la actuación administrativa que corresponde.

¿En esta situación se tipifica una situación de control conjunto a partir de la definición contenida en el artículo 260 del Código de Comercio?

-Respecto del artículo 261 del Código de Comercio ¿se considera que existe una situación de subordinación, si solo si, el capital de la matriz supera el 50%, o si es posible extender los efectos de la norma a que con un capital igual al 50%, se configure la subordinación?

¿Podrían existir otras situaciones como acuerdos de accionistas (i.e un veto) que configuren el control con situaciones (sic) donde la participación es del 50% o incluso inferior?

¿El hecho de haber registrado la situación de ‘control conjunto’ por parte de las sociedades A y B respecto de la sociedad C, es posible concluir alguna situación de subordinación de las previstas en la ley?

¿El control individual o conjunto de una sociedad respecto de otra, implicará en todos los casos que se configure una situación de matriz y subsidiaria, o no necesariamente, y cuáles serían esos supuestos?

¿El registro de ‘control conjunto’ se da más por un tema de oponibilidad ante terceros?

¿Además de los supuestos de subordinación previstos en la ley, existen por parte de la doctrina otros supuestos?

A propósito del tema se tiene que de acuerdo con los artículos 260 y siguientes del Código de Comercio, una sociedad es controlada o subordinada cuando su poder de decisión se encuentra sometido a la voluntad de otra u otras personas, llamadas matriz, matrices o controlantes, sin distinción de nacionalidad, en cuyo caso existe el deber de inscribir la situación de control en el registro mercantil de una y otras, mediante un documento privado en el que la matriz describa las circunstancias en que ejerce ese control¹.

Se presume la situación de control, directa o indirectamente, cuando (i) más del 50% del capital pertenezca a la matriz; (ii) la matriz y sus subordinadas tienen derecho de emitir votos constitutivos de la mayoría decisoria; (iii) la matriz, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración; (iv) el control es ejercido por personas naturales o jurídicas no societarias que posean más del 50% del capital o configuren la mayoría mínima o ejerzan influencia dominante².

Sobre el control conjunto, que tiene ocurrencia cuando una sociedad se encuentra sometida a la voluntad de una pluralidad de personas, la Circular Básica Jurídica No. 100-000001 del 21 de marzo de 2017 precisó:

“(…)

“Se presenta el control conjunto cuando una pluralidad de personas controlan una o más sociedades, manifestando una voluntad de actuar en común distinta de la ‘affectio societatis’, mediante circunstancias tales

¹ Artículo 30 de la Ley 222 del 20 de diciembre de 1995.

² Artículo 261 del Código de Comercio.

como la participación conjunta en el capital de varias empresas, la coincidencia en los cargos de representación legal de las mismas, la actuación en ‘bloque’ en los órganos sociales, etc, todas ellas apreciadas en conjunto y en el caso concreto. El análisis sobre la aplicación del régimen de grupos no puede hacerse solamente desde la perspectiva de cada sociedad considerada aisladamente, sino que es necesario apreciar el conjunto para comprobar si además del ‘ánimus societatis’ que supone la existencia de cada sociedad, existe una intención de los asociados de proyectar la operación de negocios a través de una pluralidad de sociedades; en caso de verificarse esta situación, es evidente que actúan por

medio de un grupo de sociedades, cuyos elementos comunes las ubican en un nivel de control que trasciende a la simple vinculación.

“La consagración del control conjunto ha permitido el reconocimiento de la condición de control que desde hace mucho tiempo se presenta especialmente en las llamadas sociedades cerradas, con cuyo concurso se han estructurado varios de los más importantes conglomerados del país.

“Con la declaratoria de la condición de grupo bajo esta modalidad de control, se ha reconocido la realidad del control que determinadas familias ejercen sobre varias sociedades, en las que a pesar de que públicamente operan como ‘grupo’, en la composición de capital ningún socio posee más del cincuenta por ciento, por lo cual en algunos casos pretenden desconocer la estructura de grupo.

“En los casos de control conjunto, el documento de que trata el artículo 30 de la referida ley, deberán suscribirlo todos los controlantes”³.

De lo expuesto se desprende que la propiedad de las acciones no es el único criterio para determinar la existencia de control o subordinación, pues aun cuando no exista la propiedad de más del 50% del capital social pueden presentarse otras circunstancias que permiten inferir el sometimiento de una sociedad a la voluntad de otra u otras personas naturales o jurídicas, pues es este último presupuesto el que determina su configuración.

Ahora bien, la situación de control genera una serie de obligaciones entre las que se encuentran la inscripción en el registro mercantil, la consolidación de estados financieros, la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante en caso de liquidación de las subordinadas, la prohibición de

3 Folios 78 y 79.

imbricación y la facultad de esta Entidad para comprobar la realidad de las operaciones, imponer multas y ordenar la suspensión de operaciones cuando las sociedades se encuentren bajo su inspección, vigilancia y control⁴.

Es decir que la inscripción en el registro mercantil, en este caso, deriva de la situación fáctica de control; tiene un carácter declarativo y de publicidad, y puede ser ordenada oficiosamente por esta Superintendencia cuando encuentre acreditada su estructuración, sin perjuicio de la imposición de multas en caso de considerar renuencia del obligado u obligados a cumplir este deber de revelación, pues *“Resulta apenas obvio que la preocupación en punto a la protección legal de los derechos de terceros, como de los socios minoritarios, se haya traducido, entre*

otras, en la obligación de inscripción de dichas situaciones en el registro mercantil, como quiera que éste constituye la mejor garantía de publicidad. Ya la doctrina en torno a las nuevas instituciones propias de la dinámica inherente al derecho mercantil societario, entre ellas las atinentes a la conformación de grupos empresariales; al establecimiento o comprobación de relaciones de poder, así como a las obligaciones y responsabilidades derivadas del control, ha evidenciado cómo la preocupación porque los inversionistas, asociados, acreedores y terceros en general, cuenten con la herramienta de la información respecto de la situación de las empresas con las cuales entablen relaciones o proyecten inversiones, no estuvo ausente en las discusiones previas a la expedición de la Ley 222 de 1.995”⁵.

Finalmente, cabe reiterar lo que la misma ley prescribe, en el sentido de que las presunciones de subordinación que el artículo 261 del Código de Comercio enuncia, no son taxativas, pues como se ha expuesto, la situación de control deriva de un hecho o “*realidad*”, esto es, del sometimiento de la voluntad de una sociedad a la de otra persona o pluralidad de personas, y por lo tanto puede configurarse a partir de múltiples circunstancias no previstas por el legislador pero derivadas de las relaciones económicas, entre ellas, la existencia de acuerdos, actos o negocios jurídicos con la sociedad o con sus socios, o la prenda con derecho de voto.

Sobre los criterios para establecer la situación de control esta Superintendencia se ha pronunciado en extenso, entre otros, mediante Oficio 220-059283 del 14 de diciembre de 2007; 220-045618 del 15 de junio del 2012 y 220108792 del 12 de agosto de 2015, los que podrá consultar en la P. WEB, donde también se encuentra la “GUÍA PRÁCTICA SOBRE RÉGIMEN DE MATRICES Y SUBORDINADAS”, como la Circular Básica Jurídica.

4 Guía Práctica Régimen de Matrices y Subordinadas publicada por la Superintendencia de Sociedades, página 7.

5 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejera Ponente Dra. Olga Inés Navarrete Barrero. Expediente 25000-23-24-000-2001-0388-01 (7342) del 17 de mayo de 2002.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.