

Oficio 220-001093 Del 02 de Enero de 2011

ASUNTO: Matrices, subordinadas, situaciones de control y grupo empresarial Circular Externa No 030 de 2007.

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el número 2011-01-373284, por la cual realiza el siguiente planteamiento:

Hechos

1. Naturaleza de las Sucursales de Sociedades Extranjeras. El ordenamiento jurídico y la misma Superintendencia de Sociedades le han otorgado a la sucursal de sociedad extranjera la calidad de establecimiento de comercio, privándolo de personalidad jurídica propia, y reconociendo por el contrario una única personalidad jurídica entre la sociedad extranjera y su sucursal. Al respecto se citan las siguientes disposiciones:

a. El artículo 263 del Código de Comercio establece que Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar la sociedad .

b. Adicionalmente el artículo 471 del Código de Comercio señala que Para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional (..). .

c. Por otra parte, la Superintendencia de Sociedades explicó la naturaleza jurídica de las sucursales de sociedades extranjeras mediante el Concepto 220-74784 del 30 de diciembre de 2000: Resolver el interrogante planteado implica conceptuar sobre la naturaleza jurídica de la sucursal de una sociedad extranjera, aspecto en el que a partir de la definición de la persona jurídica como ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, contenida en el artículo 633 del código civil, esta Superintendencia (), manifestó como la doctrina del derecho mercantil tiene claridad en cuanto a que la existencia y capacidad de las personas jurídicas con domicilio principal en el exterior que interactúan en Colombia a través de una sucursal, depende de lo que dispongan las leyes del país anfitrión, al cual no deben lealtad sino respeto y subordinación, por el simple hecho de actuar dentro de su territorio (..). Si bien es cierto que nuestro sistema tiende a conferir una autonomía operativa a la sucursal, y con el fin de tener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, ordena que estos establecimientos observen durante su permanencia en el país y en desarrollo de sus actividades permanentes las disposiciones legales por las cuales se rigen las sociedades colombianas, esto no significa que se les conceda capacidad jurídica como si se tratase de sociedades. La sucursal de la sociedad extranjera no es un ente autónomo distinto de la casa matriz por cuanto no goza de personería jurídica independiente, toda vez que es ésta quien la crea por decisión del órgano de dirección, otorgándole a la sucursal ciertas facultades para el desempeño de las actividades que le asigna, observando las formalidades exigidas por la ley y sin desbordar el marco de capacidad de la persona jurídica creadora de este instrumento de descentralización e internacionalización del capitalismo .

2 Régimen de Matrices y Subordinadas. El régimen de matrices y subordinadas está previsto conforme a los términos contenidos en el artículo 260 del Código de Comercio, el cual establece lo siguiente (Transcribe el texto del citado artículo).

3 Grupo Empresarial: El ordenamiento jurídico, y la misma doctrina de la Superintendencia de Sociedades, han establecido los criterios para que se configure el grupo empresarial. Al respecto se citan las siguientes disposiciones:

a (Transcribe el texto del artículo 28 de la Ley 222 de 1995).

b En reciente concepto emitido por la Superintendencia de Sociedades (Concepto Jurídico No 101508 de agosto 31 de 2011), ésta señaló que: 2Las matrices o controlantes extranjeras, domiciliadas en el exterior, se les aplica también la obligación de la inscripción en el Registro Mercantil de las situaciones de control o grupo empresarial que se verifiquen en Colombia. Esto de conformidad con lo dispuesto por el artículo 30 de la ley 222 de su vez, están sometidas a las sanciones señaladas por la misma ley en caso de su incumplimiento. Por lo tanto, la sociedad extranjera, debe registrar la situación de control que tenga sobre la sociedad en Colombia. (Subrayado fuera del texto) .

Con base en lo expuesto, plantea seis (6) inquietudes que serán absueltas en el mismo orden, de la siguiente manera :

1 ¿Es posible que se configure una situación de subordinación o control, a la luz de lo establecido en el artículo 260 del Código de Comercio, entre una sociedad extranjera y su sucursal en Colombia?

2 ¿Es posible que se configure una situación de subordinación o control, a la luz de lo establecido en el artículo 260 del Código de Comercio, entre sociedades extranjeras que a su vez están subordinadas por una sociedad matriz extranjera, y sus sucursales en Colombia?

3 ¿Es posible que haya grupo empresarial, a la luz de lo establecido en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, entre una sociedad extranjera y su sucursal en Colombia?

4 ¿ Es posible que haya grupo empresarial, a la luz de lo establecido en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, entre sociedades extranjeras que a su vez están subordinadas por una sociedad matriz extranjera, y sus sucursales en Colombia?

5 ¿Es posible que haya grupo empresarial, a la luz de lo establecido en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, entre sociedades extranjeras que a su vez están subordinadas por una sociedad matriz extranjera y respecto de las cuales hay unidad de propósito y dirección, y sus sucursales en Colombia?

6 ¿En caso de que las respuestas 3,4 y/o 5 sean afirmativas, ¿Debe la sucursal de sociedad extranjera adelantar los trámites correspondientes para declarar el grupo empresarial?

Sobre el particular, me permito manifestarle que la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con los artículos 25 del Código Contencioso Administrativo y 2 numeral 18 del Decreto 1080 de 1996, absuelve consultas de manera general y en abstracto sobre asuntos de su competencia, sin que los pronunciamientos así proferidos tengan carácter obligatorio y sin que los mismos comprometan la responsabilidad de la Entidad. **De allí que a través de la facultad legal de atender consultas, como es el caso de su escrito, no le es viable determinar si en uno o en varios casos en concreto hay lugar o no a que se configure una situación de subordinación o Grupo empresarial.**

Le corresponde al interesado previa evaluación de los factores propios del caso que es de su interés y que bien puede pretender realizar y una vez evaluados los presupuestos legales y doctrinales respectivos, adoptar sus propias determinaciones. Y es que toda vez que no solo los jueces y las autoridades públicas, sino también los particulares, están facultados para interpretar las leyes. Así lo confirma el artículo 26 del Código Civil, cuando dispone: Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a los hechos e intereses peculiares. .

Entrar a determinar mediante unos supuestos planteados por el peticionario si se da o no una subordinación o control o si se configura la existencia de un grupo empresarial, se reitera, no es viable, pues ello requiere un estudio dispendioso, una investigación sobre el terreno de las sociedades, etc, por parte del GRUPO DE CONGLOMERADOS de esta entidad, en donde el caso concreto debe analizarse a la luz de las normas que determinan cuando se dan las situaciones que venimos comentando, presupuestos que en cada caso particular, deberán interpretarse a la luz de las directrices emanadas tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, directamente por los interesados.

Por lo anterior, no pueden ser absueltas sus inquietudes de una manera particular y concreta, toda vez que, se insiste, solo puede establecerse sobre el terreno y dependiendo de las circunstancias que se vayan presentando.

Ahora bien, el tema de sociedades extranjeras como controlantes o subordinadas, que bien pueden hacer parte de un grupo empresarial se ocupó desde tiempo atrás esta Entidad y sobre tal situación expuso su criterio en la **CIRCULAR EXTERNA No 030 del 26 de noviembre de 1997**, la cual se encuentra plenamente vigente, y que será citada más adelante.

En cuanto a la naturaleza jurídica de un establecimiento de comercio valga señalar que la sucursal de sociedad extranjera es solo una prolongación de la matriz, carente de personería jurídica, no es bajo ninguna circunstancia un ente autónomo, pues la sucursal es el establecimiento de comercio de una sociedad extranjera sujeta a las reglas de una sociedad colombiana, uno de los medios reconocidos en la ley por los cuales se habilita a una sociedad extranjera a desarrollar actividad empresarial en el país.

Así mismo, es claro que las normas legales no hacen distinción alguna en relación con la nacionalidad de la matriz o controlante, y los entes jurídicos instalados en el país o que efectúen negocios en territorio colombiano están sujetos a las leyes colombianas. Y es que la participación en contratos de sociedades que tengan operancia en Colombia, se sujetan al Derecho Privado del país.

La Circular Externa citada, como lo anotamos, de manera nítida nos indica los parámetros esenciales para la aplicación del régimen legal de las matrices, subordinadas, situaciones de control y grupos empresariales, en donde entre otros puntos, sin dejar de ser sumamente importante la totalidad de su contenido, encontramos los siguientes:

1.1 OBLIGACIÓN DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL DE LA SITUACIÓN DE CONTROL O GRUPO EMPRESARIAL PARA MATRICES O CONTROLANTES EXTRANJERAS.

Al respecto, se debe anotar, que la Ley 222 de 1995 introdujo una serie de obligaciones a cargo de las matrices o controlantes en los casos de situaciones de control o de grupo empresarial.

Dentro de los preceptos señalados por la Ley 222 de 1995, se encuentra la obligatoriedad de la inscripción de la situación de control, o del grupo empresarial, en el Registro Mercantil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la Ley.

Esta obligación le corresponde a la matriz o controlante, cuando, de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio y el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, se configure una situación de control o una situación de grupo empresarial, en cuanto exterioriza el ejercicio de un control que se verifica en sociedades en Colombia.

Las normas referidas no establecen distinción alguna con relación a la nacionalidad de la matriz o controlante, para radicar en ella la obligación de la inscripción de la situación de control o grupo empresarial en el Registro Mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados.

1.1.1. La aplicación de la ley en el espacio - Estatuto Real.

El derecho privado colombiano establece las reglas relativas a la aplicación de las leyes en el territorio de la República, y la manera como se regulan los bienes y contratos que se ejecutan en el país.

El artículo 20 del Código Civil dispone la aplicación del llamado Estatuto Real, según el cual, "los bienes situados en los territorios, (...), están sujetos a las disposiciones de este Código aún cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño.

Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la nación, se arreglarán a este Código y demás leyes civiles de la Unión".

1.1.2. El Derecho Internacional Privado - El Estatuto Real.

En cuanto al Derecho Internacional Privado, nuestra legislación adoptó con la Ley 33 de 1992 el Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo del 12 de Febrero de 1889, el cual desarrolla en los artículos 4 al 7 las reglas aplicables a las sociedades.

Según el artículo 4 del Tratado de Montevideo " El contrato social se rige tanto en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios, y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que ésta tiene su domicilio comercial"

Respecto de las sucursales se afirma en el Artículo 6 del Tratado, que " Las sucursales o agencias constituidas en un Estado por una sociedad radicada en otro, se considerarán domiciliadas en el lugar en que funcionan y sujetas a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que practiquen"

A este respecto comenta por el profesor Marco Gerardo Monroy Cabra, que, el Tratado de Montevideo "dispone que la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse rige su existencia, naturaleza, validez, efectos consecuencias, ejecución, y en general, todo en cuanto concierne a los contratos por cualquier aspecto que sea. La misma ley decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente. " (Cfr. Monroy Cabra, Marco Gerardo. Tratado de Derecho Internacional Privado Temis 1995. Pag. 290).Este tratado ha sido elevado a Ley de la República y por tanto es aplicable para regular los aspectos allí señalados con los efectos correspondientes.

De las normas referidas se puede establecer que la participación en contratos de sociedad que se ejecutan y realizan en Colombia, implica el sometimiento de las partes a las previsiones legales que regulan los efectos de los mismos a la luz del Derecho Privado del País correspondiente y el sometimiento al Derecho del Territorio.

□1.1.3. Los Contratos en el Código de Comercio□

□Los sujetos extranjeros que realizan actividades de carácter contractual, o poseen bienes o derechos reales en el territorio colombiano, participan en sociedades y actúan en las mismas dentro de los presupuestos legales del control o grupo empresarial, deben someterse a las consecuencias jurídicas que las leyes colombianas prevén; atendiendo claro está, la naturaleza y características propias de la relación jurídica y del sujeto obligado, y en cuanto a las operaciones que mantienen y realizan en el país, las cuales se someten al Derecho Interno colombiano para estos efectos.

En consecuencia, a las matrices o controlantes extranjeras, domiciliadas en el exterior, le son aplicables también las obligaciones de la inscripción en el Registro Mercantil, de las situaciones de control o grupo empresarial que se verifiquen en Colombia. Esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la ley 222 de 1995. También estarán sometidas a las sanciones señaladas por la misma ley en caso de su incumplimiento□.

□(□□□□□.)□.

□2.- LA UNIDAD DE PROPOSITO Y DIRECCION EN LOS GRUPOS EMPRESARIALES□

En relación con los eventos en los cuales se configura un grupo empresarial, cuales son que exista un vinculo de subordinación y exista entre las entidades unidad de propósito y dirección, se expresa en la circular que nos ocupa:

□En relación con este último presupuesto (unidad de propósito y dirección) de la situación de grupo empresarial, sea lo primero señalar que el mismo no puede limitarse única y exclusivamente a unas hipótesis cerradas definidas previamente por el legislador, por cuanto obedecen a fenómenos de carácter

económico y como tal variables, razón por la cual la descripción prevista en la norma de perseguir la consecución de un objetivo determinado y como tal variables, razón por la cual la descripción prevista en la norma de perseguir la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante, como respuesta a noción de unidad de propósito y dirección, es lo suficientemente amplia, por lo que se comprenden las diferentes hipótesis que puedan presentarse en la realidad empresarial

En este aspecto la Ley describe los supuestos del grupo empresarial ampliando el criterio propio del control o subordinación, y exige en forma adicional, que independientemente del desarrollo individual del objeto social por cada una de las compañías, se configure una marcada injerencia o intervención de la matriz o controlante en procura de la obtención de un beneficio general o exclusivo del grupo entendido como un todo u de alguna parte específica del mismo. Así las cosas, no habrá lugar a considerar la figura del grupo empresarial. Por el simple hecho de que la matriz persiga que sus subordinadas sean rentables, salvo que dicho objetivo se encuentre acompañado de una injerencia de aquella en cuanto a la disposición planificada y sistemática de objetivos determinados, que han de ejecutarse por los sujetos que conforman el grupo, al tiempo que deben someterse a su evaluación y control directo o indirecto estableciendo una clase de relación de interdependencia.

Para complementar el análisis de la norma referida resulta pertinente también acudir a uno de los métodos de interpretación de la ley que se encuentran establecidos por el Código Civil, en el artículo 28, que establece: las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas. .

Por ello, es válido acudir a las definiciones que sobre las expresiones unidad, propósito y dirección brinda el Diccionario de la Lengua Española editado por la Real Academia Española: . .

.

7.- LA SUBORDINACIÓN DE SOCIEDADES EXTRANJERAS

En el evento que exista una sociedad colombiana en calidad de matriz y sociedades domiciliadas en el extranjero como subordinadas, debe este hecho registrarse en la cámara de comercio del domicilio de la sociedad matriz?

La respuesta a esta cuestión es afirmativa, teniendo en cuenta lo expresado en la presente circular. Sin embargo vale la pena precisar que en esta hipótesis, las entidades matrices nacionales están obligadas a cumplir con todas las normas mercantiles, y contables por virtud del estatuto personal, que somete a todas las personas residentes en el territorio, a las disposiciones de la ley nacional. De esta manera deberá cumplir con las obligaciones correspondientes a su condición de matriz o controlante, efectuar la inscripción en el registro mercantil y preparar y difundir los estados financieros consolidados realizando la conversión de los respectivos estados financieros de las subordinadas del exterior, entre otras.

.

APLICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE SUBORDINACIÓN.

.

El carácter de matriz o controlante y el de la subordinada se predica tanto de personas nacionales como de extranjeras, y los efectos que la misma normatividad prevé, se aplicarán atendiendo el alcance de las normas, según que a las mismas, sea por su domicilio, su nacionalidad, por los bienes, actos o negocios jurídicos en que participan, les sea aplicable la ley colombiana.

.

11.- EL GRUPO EMPRESARIAL CON MATRICES EXTRANJERAS Y SUS PRINCIPALES OBLIGACIONES

Quando las compañías que funcionan en Colombia son administradas con las Políticas y Procedimientos que imparte la Casa Matriz, por medio del mismo grupo de control y dirección. ¿Se debe entender que existe un Grupo Empresarial entre ellas?

Tal como lo establece el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, el Grupo Empresarial se constituye cuando además del vínculo de subordinación, existe entre las entidades, unidad de propósito y dirección.

Una vez determinada la subordinación entre las entidades, de acuerdo con los parámetros señalados en el artículo 261 del Código de Comercio, modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, es preciso entrar a establecer el presupuesto de unidad de propósito y dirección que configura el concepto de Grupo Empresarial. Este presupuesto está definido por el artículo 28 de la ley 222 de 1995, así: "Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las Entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social, o actividad de cada una de ellas".

Por lo anteriormente expresado, y atendiendo la hipótesis planteada, si las subordinadas residentes en el país están sujetas a las políticas y procedimientos que imparte la casa matriz en el exterior, se puede concluir que respecto de las mismas se verifican los supuestos de unidad de propósito y dirección señalados en la Ley.

En consecuencia existirá en dicho caso, situación de Grupo Empresarial y proceden en consecuencia las obligaciones legalmente señaladas, que se aplicarán según el tipo de la entidad matriz o controlante.

De los efectos legales, derivados del carácter de matriz o controlante extranjera con operaciones en Colombia, vale la pena mencionar los siguientes:

a.- La elaboración del documento privado y la inscripción del mismo, y de toda modificación, en el Registro Mercantil de la cámara de comercio correspondiente al domicilio de cada una de las subordinadas.

b.- La elaboración y presentación del Informe Especial de que trata el artículo 29 de la ley 222 de 1995, para el caso de los grupos empresariales.

c.- La obligación de preparar y difundir los Estados Financieros Consolidados de las operaciones en Colombia, cuando la ley contable así lo exija, siempre que la matriz tenga sucursal en Colombia, y mantenga vínculos de subordinación con las sociedades que controla en el país, bien sea directamente, o a través de sus subordinadas. Lo mismo se predica de las sociedades nacionales con inversión extranjera mayoritaria, que se constituyan en las matrices o controlantes para las situaciones de control o del grupo empresarial que se verifican en el país.

d.- La prohibición de participación recíproca consagrada en el artículo 262 del Código de Comercio.

e.- La eventual responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante en el proceso concursal de la subordinada, definida por el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

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.