SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

OFICIO 220-008089 DEL 18 DE FEBRERO DE 2019

REF: LAS SOCIEDADES DE FAMILIA SE ENCUENTRAN SUJETAS AL RÉGIMEN DE MATRICES Y SUBORDINADAS

Acuso recibo de su comunicación radicada bajo el número citado, mediante la cual solicita el concepto de esta Entidad en torno al Régimen de Matrices y Subordinadas en sociedades de familia.

La consulta se formula en los siguientes términos:

> "Teniendo en cuenta la importancia que tiene para el derecho societario, los conceptos de la Superintendencia de Sociedades, me permito realizar las siguientes consultas para que sean resueltas y de ser posible se nos indique los conceptos que ya hayan sido emitidos por su entidad en el que se haya tratado dichos temas.
>
> "Estas preguntas se formulan con el fin de aclarar asuntos muy puntuales que surgen en el diario vivir y que son tratados en la Ley y en la Guía Práctica Régimen de Matrices y Subordinadas de la Superintendencia de Sociedades de manera general, viéndose en la necesidad de obtener un concepto más detallado que le permita a las sociedades y a sus socios tener mayores conocimientos en esta materia para poder dar cumplimiento a sus obligaciones relacionadas con estos asuntos.
> "1. ¿Se presenta una situación de control conforme lo establecido en el régimen de Matrices y Subordinadas cuando en una sociedad S.A.S. uno de los socios cuenta con más del cincuenta por ciento (50%) de la composición accionaria?
>
> "2. ¿Cuándo se presentan situaciones de control en una S.A.S.?
>
> "3. ¿Qué consecuencias jurídicas y obligaciones legales conlleva una situación de control para una sociedad y para el socio controlante?
>
> "4. ¿Las personas naturales y jurídicas pueden ejercer situaciones de control en qué tipo de personas jurídicas?

"5. ¿En una sociedad comercial de familia, en especial en una sociedad S.A.S., cuando se presentan situaciones de control?

"6. ¿Se aplica en las sociedades S.A.S. de familia el régimen de matrices y subordinadas? ¿Tiene algunas excepciones?

"7. ¿Desde qué fecha un socio de una sociedad S.A.S., que tenga más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones de una sociedad, está obligado a reportar una situación de control y ante que autoridades lo debe hacer?

"8. ¿Cuál es la consecuencia que traería para la sociedad y para el socio no reportar la situación de control? ¿existe alguna multa o sanción? ¿Cómo se cuantifica la multa o la sanción, cual es la fórmula para determinarla?

"9. ¿Cuál es el proceso a seguir si se presenta una situación de control en una S.A.S?

"10. ¿Qué pasos debe seguir un socio y una sociedad que no haya reportado una situación de control y la mismas se presente desde hace ya varios años?

"11. ¿Cuánto tiempo tiene un S.A.S. para reportar una situación de control?

"12. ¿Cuáles son las situaciones de control que están exceptas del régimen de matrices y subordinadas?

"13. ¿Existen conceptos o resoluciones emitidas por la Superintendencia de Sociedades en las que hayan avalado o señalado algún tipo de excepciones a las que no se le deba aplicar régimen de matrices y subordinadas?"

De manera previa se señala que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia con fundamento en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite un concepto de carácter general sobre las materias administrativas a su cargo, mas no en relación con una sociedad o situación en particular, ni sobre asuntos que deba conocer en sede jurisdiccional, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que la jurisprudencia constitucional vertida en la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, advierte que no le es dable a esta Superintendencia como autoridad administrativa, intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de

facultades jurisdiccionales, en relación con los cuales se debe pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar.

Desde la perspectiva indicada, con fines ilustrativos, se procederá a efectuar un pronunciamiento general y abstracto sobre las materias consultadas, sin que el mismo pueda condicionar el ejercicio de las facultades administrativas o jurisdiccionales atribuidas a esta entidad en un caso concreto.

La cuestión relativa al Régimen de Matrices y Subordinadas se encuentra regulada legalmente en los artículos 26 y siguientes de la Ley 222 de 1995, mediante la cual se modifican en lo pertinente los artículos 260 y siguientes del Código de Comercio.

Dicha regulación aplica de manera uniforme a todos los tipos societarios, independientemente de que en una o varias sociedades organizadas bajo la forma de uno cualquiera de ellos, el capital social se encuentre integrado por socios que guarden entre sí relaciones de parentesco.

Esta Entidad ha tenido la oportunidad de expresar su opinión sobre el particular en múltiples pronunciamientos, cuyo contenido y alcance puede ser consultado a través de la página Web www.supersociedades.gov.co., en el vínculo conceptos jurídicos y conceptos contables, en la "GUÍA PRÁCTICA SOBRE RÉGIMEN DE MATRICES Y SUBORDINADAS" y en la Circular Básica Jurídica, entre otros.

Se transcriben a continuación los apartes pertinentes de algunos de los conceptos emitidos:

1. "… este Despacho con fundamento en las consideraciones expuestas en el oficio 220-132136 del 6 de octubre de 2015, reiterado en los Oficios 220-000479 del 6 de enero de 2016 y 220-187281 del 26 de septiembre de 2016, amplió ésta concepción.

"Para el efecto, se transcribe el oficio 220-000479 del 6 de enero de 2016:

"…Ahora bien, ante la ausencia de una definición legal sobre lo que se consideran sociedades de familia, propósito al que la solicitud apunta, esta Superintendencia se ha visto precisada a recurrir a la descripción contenida en el artículo 6º del Decreto 187 de 1975, incorporado al Estatuto Tributario a través del Decreto 624 de 1989, que expresa: ARTICULO 6. Se considera de familia la sociedad que esté controlada económica, financiera o administrativamente por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil.

"Así lo reiteró esta Entidad en concepto emitido a través del Oficio 220-132136 del 6 de octubre de 2015, que remitió a las normas del estatuto tributario, para concluir 'Al respecto esta entidad ha manifestado en sus

oficios SL-19438 del 5 de octubre de 1989 y 220-14246 del 24 de julio de 1994: " En este orden de ideas… derogada expresamente la regulación de sociedades anónimas de familia y no habiendo tenido ésa consagración legal dentro de la actual legislación mercantil, se hace necesario acudir respaldados en el principio de la analogía, a lo consagrado en la legislación tributaria, en donde el Decreto reglamentario 187 de 1975 en su artículo 6° determina el carácter familiar de una sociedad con base en los siguientes requisitos: a) La existencia de un control económico financiero o administrativo. b) Que dicho control sea ejercido por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil. Los parámetros señalados en el Decreto 187 mencionado indudablemente están acordes con el concepto restringido de familia que se desprende de algunas disposiciones legales; tal es el artículo 874 del Código Civil, como de los artículos 1° y 4° de la Ley 70 de 1971 y que doctrinariamente ha sido acogido como una agrupación de personas formadas por el padre, la madre y los hijos.

"En consecuencia, para que una sociedad tenga el carácter de familia debe existir entre dos o más socios un parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado (padre, madre o hijos y hermanos) o único civil (padre o madre adoptante o hijo adoptivo), o estar unidos entre sí matrimonialmente, siempre y cuando los otros socios así relacionados, ejerzan, sobre la sociedad un control económico, financiero o administrativo "(oficio 220-16368 del 21 de marzo de 1997).'

"Más adelante, en el oficio mencionado, esta Entidad hace claridad acerca del criterio expuesto, para expresar lo siguiente:(…) '. En efecto, las sociedades de familia, independientemente del tipo societario (colectivas, comanditas, limitadas, anónimas) son en la práctica aquellas controladas por miembros de una misma familia, que bien pueden ser hermanos, primos, sobrinos, tíos, abuelos, nietos, Etc. En particular en las sociedades de segunda y tercera generación es apenas lógico que aparezcan vinculados miembros de la familia que tienen un parentesco más distante que el señalado en la norma comentada, sin que eso desnaturalice la esencia del control que siguen ejerciendo miembros de una familia, cuyas relaciones se proyectan en el campo de la empresa, la familia y la propiedad,..."

"En este orden de ideas es dable concluir que en cualquier caso, si la sociedad está compuesta en su mayoría por miembros de una misma familia, no le es aplicable la prohibición contenida en la disposición legal en cuestión, lo que significa que en su junta directiva sí podrían tomarse con mayorías conformadas por personas ligadas por el parentesco antes descrito, por considerarse una sociedad de familia. …"

"En este mismo sentido, en el oficio 220- 206544 del 10 de diciembre de 2018, este despacho expresó lo siguiente: " …Ahora, aunque no esté definida de manera expresa en las normas generales sobre sociedades, por sociedad de familia se entiende aquella conformada por integrantes de una misma familia que poseen el control administrativo, económico y financiero de la misma, y aunque la legislación anterior consideraba como tal a aquellas personas "ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil", esta Superintendencia estima que esta definición "resulta inadecuada a la hora de realizar un estudio sobre la realidad de este tipo de organizaciones**. En efecto, las sociedades de familia, independientemente del tipo societario (colectivas, en comanditas, limitadas, anónimas) son en la práctica aquellas controladas por miembros de una misma familia, que bien pueden ser hermanos, primos, sobrinos, tíos, abuelos, nietos, Etc. En particular en las sociedades de segunda y tercera generación es apenas lógico que aparezcan vinculados miembros de la familia que tienen un parentesco más distante que el señalado en la norma comentada, sin que eso desnaturalice la esencia del control que siguen ejerciendo miembros de una familia, cuyas relaciones se proyectan en el campo de la empresa, la familia y la propiedad (…)"** (la negrilla no es del texto)."[1]

1 Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-000775 del 10 de enero de 2019.

2. "1. "El registro mercantil de la situación de control y/o de grupo empresarial, debe realizarse cuando se configuren los presupuestos señalados en los artículos 26, 27 y 28 de la Ley 222 de 1995. Las presunciones de subordinación corresponden al control interno por participación, al control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria o por tener el número de votos necesarios para elegir la junta directiva y al control externo.

"Control interno por participación: Se verifica cuando se posea más del cincuenta por ciento (50%) del capital en la subordinada, sea directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas.

"Control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria: Esta modalidad se presenta cuando se tiene el poder de voto en las juntas de socios o en las asambleas de accionistas, o por tener el número de votos necesario para elegir la mayoría de los miembros de junta directiva.

"Control externo: Esta forma de control se verifica mediante el ejercicio de influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración, en razón de un acto o negocio celebrado con la sociedad controlada o con sus

socios, sin que se exija que los controlantes participen en el capital social de la subordinada. Se le reconoce en la doctrina como "subordinación contractual". Esta presunción tiene especial consagración en el parágrafo 1º del citado artículo, para el caso de las personas controlantes no societarias.

“Estas presunciones tienen las siguientes características especiales:

“a. No tienen carácter taxativo, es decir, pueden existir otras formas de control de acuerdo al concepto general del artículo 260 del Código de Comercio. Lo fundamental es la "realidad" del control, de tal manera que éste puede presentarse aun cuando se encuentre atomizado el capital social o el controlante no tenga la calidad de socio.

“b. Son presunciones legales, luego los interesados pueden desvirtuarlas.

“Si adicionalmente a la subordinación existe "unidad de propósito y dirección", se configura el denominado grupo empresarial. El concepto de "unidad de propósito y dirección" se exterioriza en aquellos grupos en que, por ejemplo, además de tener administradores comunes, se verifican procesos de integración vertical o de integración horizontal, como cuando una sociedad compra cueros, otra los procesa, otra fabrica zapatos, otra fabrica gelatina y otra comercializa dichos productos, o cuando se determinan políticas comunes (administrativas, financieras, laborales, etc).

“Conviene precisar que toda modificación de la situación de control o de grupo empresarial deberá igualmente inscribirse en el registro mercantil.

“Por lo anterior y conforme a los parámetros expuestos, el controlante, sea persona natural o jurídica, está obligada a proceder a declarar la situación de control y/o de grupo empresarial, en los términos establecidos en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, sea persona natural o jurídica, hará constar tal control y/o la conformación del grupo empresarial.

“2. “Sin embargo, en esta norma ya se produce un avance fundamental ue ha pasado desapercibido en la teoría de conglomerados, puesto que en esta oportunidad se utiliza indistintamente la alocución “entidades” para referirse tanto a la matriz como a la subordinada en función de vinculación.

Pero este avance persiste y se acentúa en el artículo 29 ibídem, al referirse nuevamente al vocablo genérico “entidades” tanto para la parte controlante como para la subordinada en la vinculación:

“…”

“A esta altura del desarrollo normativo no interesa el vehículo jurídico utilizado ni la naturaleza jurídica de la subordinada, sólo interesa la

actividad económica organizada que no es otra cosa que la empresa misma en su concepción primigenia. Se cierra entonces el círculo donde la teoría y el pensamiento formal se encuentran con la experiencia y la realidad en materia de conglomerados y grupos económicos según la cual en la configuración de las constelaciones de relación entre vinculados aparecen tanto en la parte activa de las controlantes como en la parte pasiva de las subordinadas, entidades de naturaleza societaria y no societaria, que reflejan una indudable actividad económica organizada.

"Tal incorporación comporta todo tipo de consecuencias en la conformación de la real estructura de la vinculación, tanto en materia de revelación para el mercado como en la real posición jurídica de la matriz no solo frente a las sociedades subordinadas sino frente a toda actividad organizada que le esté sujeta, con personalidad o sin personalidad jurídica.

"Lo dicho conduce a exigir el cumplimiento de la obligación de revelar en el registro mercantil de las matrices y en el de las subordinadas, la integración de todos los sujetos económicos vinculados tanto en la parte activa como en la parte pasiva, sean los tales sociedades, fundaciones, corporaciones, asociaciones, personas naturales, o inclusive entidades sin personería como consorcios, patrimonios autónomos, uniones temporales o simplemente contratos de asociación o integración económica, siempre que se de una situación de control.

"Revelación que igualmente debe formularse en el informe especial anual de los administradores de la controlante y las subordinadas, en el cual se especifique la intensidad de las operaciones de mayor relevancia realizadas en interés de la controlante y las operaciones de mayor importancia realizadas en interés de la controlada, así como las decisiones de mayor importancia que la controlada haya tomado o dejado de tomar por influencia o en interés de la controlante o las decisiones de mayor importancia que la controlante haya tomado o dejado de tomar por la influencia que ejerce en interés de la controlada.

" Trátese de control de hecho, control contractual o control formal, individual o conjunto, directo o indirecto, ejercido en Colombia por personas colombianas o extranjeras, desde el territorio colombiano o desde el extranjero, sobre subordinadas colombianas o extranjeras, en función de control simple o acompañado de unidad de propósito y dirección."[2]

2 Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-017816 del 24 de Febrero de 2015
3 Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-002926 del 22 de enero de 2019

3. "… las causales que establece el legislador como indicadores de la situación de control, constituyen presunciones legales que admiten prueba en contrario, razón por la cual el supuesto de hecho que se describe en cada una de ellas debe ser verificado en relación con las circunstancias

particulares que presente cada caso concreto, para definir con claridad si existe y se materializa el poder de decisión en cabeza de quien ostenta dicho indicador.

> "En el mismo sentido, las referencias que se traen a colación, en relación con la conformación de grupo empresarial, son coincidentes en establecer que la unidad de propósito y dirección está íntima e inmediatamente relacionada con la operación económica agregada que describe el conglomerado en una relación de causa y efecto, en su planeación estratégica, en su modelo de negocio, en el manejo de la presentación de su información financiera, en el beneficiario real de la operación y no solamente en la presunción de control que se predique de quienes ostenten la condición de matriz en cada caso concreto."[3]

Con base en los lineamientos esbozados en los apartes transcritos se procede a responder puntualmente cada una de las cuestiones planteadas:

1. La presunción de control interno por participación se configura cuando un asociado posea más del cincuenta por ciento (50%) del capital social en la subordinada, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, independientemente que se trate o no de una sociedad de familia.

Dicha presunción admite prueba en contrario, de manera que corresponde a los administradores o socios en quienes concurre dicho supuesto normativo la determinación de la existencia o no del efectivo poder de decisión en cada situación de gobernanza societaria concreta.

2. En una S.A.S., se presentan situaciones de control en igualdad de condiciones que para los demás tipos societarios, trátese de control por participación, control interno por derecho a emitir votos, control externo o cualquiera otra modalidad que pueda llegar a determinar el poder de decisión.

3. La situación de control impone la obligación de su revelación a través de su inscripción en el Registro Mercantil, en los términos del artículo 30 de la Ley 222 de 1995, que a la letra reza:

"ARTICULO 30. OBLIGATORIEDAD DE INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL. Cuando de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se configure una situación de control, la sociedad controlante lo hará constar en documento privado que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control. Dicho documento deberá presentarse para su inscripción en el registro mercantil

correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control.

"Si vencido el plazo a que se refiere el inciso anterior, no se hubiere efectuado la inscripción a que alude este artículo, la Superintendencia de Sociedades, o en su caso la de Valores o Bancaria, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, declarará la situación de vinculación y ordenará la inscripción en el Registro Mercantil, sin perjuicio de la imposición de las multas a que haya lugar por dicha omisión.

"En los casos en que se den los supuestos para que exista grupo empresarial se aplicará la presente disposición. No obstante, cumplido el requisito de inscripción del grupo empresarial en el registro mercantil, no será necesaria la inscripción de la situación de control entre las sociedades que lo conforman.

"PARAGRAFO 1o. Las Cámaras de Comercio estarán obligadas a hacer constar en el certificado de existencia y representación legal la calidad de matriz o subordinada que tenga la sociedad así como su vinculación a un grupo empresarial, de acuerdo con los criterios previstos en la presente ley.

"PARAGRAFO 2o. Toda modificación de la situación de control o del grupo, se inscribirá en el Registro Mercantil. Cuando dicho requisito se omita, la entidad estatal que ejerza la inspección, vigilancia o control de cualquiera de las vinculadas podrá en los términos señalados en este artículo, ordenar la inscripción correspondiente."

La claridad de la disposición transcrita señala que la omisión o la mora en el registro de la situación de control, genera responsabilidades ante los órganos de supervisión que pueden dar lugar a la imposición de sanciones pecuniarias.

4. Las personas naturales y jurídicas pueden eventualmente ejercer control en sociedades, corporaciones, fundaciones, asociaciones y entidades sin ánimo de lucro y en general en toda actividad económica organizada, tal como se ilustra en el concepto contenido en el Oficio 220-017816 del 24 de Febrero de 2015, antes transcrito.

5. Como antes se indicó, las situaciones de control en una sociedad de familia organizada como una S.A.S., se materializan cuando quiera que se concentre en uno o más de los miembros de la familia, en sentido extenso, o inclusive en un tercero ajeno a ella, el poder de decisión, de conformidad con las previsiones contenidas en los Artículos 26 y siguientes de la Ley 222 de 1995.

6. Como se ha venido desarrollando, a las sociedades de familia organizadas bajo cualquiera de los tipos societarios establecidos en la ley se aplica, sin excepción alguna, el régimen de matrices y subordinadas.

7. La situación de control debe registrarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se materialicen los supuestos que la configuran.

Se insiste en la necesidad de precisar que la materialización de los supuestos de la situación de control no necesariamente coincide con la configuración de las presunciones de control, como quiera que puede ocurrir que se den las circunstancias que dan lugar a la presunción de la situación de control pero en la realidad económica, jurídica y administrativa de la compañía el poder efectivo de decisión se encuentre en cabeza de personas distintas a quien aparece como accionista mayoritario.

8. Para atender la cuestión de la procedencia de sanciones por la omisión de registro o registro extemporáneo de la situación de control, sujeto pasivo de la sanción y cuantificación de la misma, se informa que en reciente pronunciamiento esta Superintendencia manifestó:

"4. Habría multa por no haber informado?

"R/. Esta superintendencia, así como la Superintendencia Financiera respecto de sus vigiladas se encuentran facultadas por el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 para, de oficio o a solicitud de parte, imponer sanciones a los sujetos controlantes quienes no efectúen la inscripción de su situación ante el Registro Mercantil, o a quienes lo efectúen extemporáneamente, es decir, con posterioridad a los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control.

"5. ¿Qué se informe sobre el tipo de multa y los posibles montos a imponer en caso de darse lo establecido en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995?.

"R/. El numeral 3° del artículo 86 de la mencionada Ley 222 faculta a esta superintendencia para imponer sanciones hasta por doscientos salarios mínimos legales a quienes incumplan la ley, sus órdenes o los estatutos sociales. Es con base en dicha norma que la entidad impone sanciones de carácter pecuniario a quienes inobservan el cumplimiento de la inscripción de su situación de controlante o matriz a que alude el artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

"Si bien es cierto la citada ley faculta a este organismo para imponer sanciones hasta por doscientos salarios mínimos legales mensuales, las mismas son ejercidas con base en un sano criterio de discrecionalidad que le concede la ley para tasar su monto, criterio en el que prima, por

supuesto, los principios de proporcionalidad, razonabilidad y de legalidad que deben caracterizar este tipo de actuaciones.

"6. ¿En caso de informar, se imponen dichas multas, en caso de haberlas?

"R/. En el evento que la persona controlante o matriz inscriba su condición ante el Registro Mercantil dentro de la oportunidad que le brinda el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 no habrá lugar a sanción alguna. La sanción será impuesta a quien haya efectuado la inscripción en forma extemporánea, o a quien no la haya efectuado aún al momento en que la superintendencia tuvo conocimiento de tal incumplimiento a la ley.¨.

"Así las cosas, las normas transcritas facultan a esta entidad a imponer las multas a que hayan lugar por el incumplimiento o cumplimiento extemporáneo en el registro de la situación de control pertinente."[4]

9. El procedimiento es el descrito en el Artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

10. La demora en la inscripción de la situación de control en el Registro Mercantil, cuando esta es real y material, evidenciada por el efectivo ejercicio del poder de decisión sobre los destinos de la controlada, no obsta para que se proceda a su inmediata normalización, de conformidad con las previsiones del Artículo 30 de la Ley 222 de 1995, sin perjuicio de las investigaciones a que haya lugar por parte de las instituciones competentes.

11. Cuando quiera que una S.A.S., tenga la condición real y efectiva de controlante, dispone del término previsto en el Artículo 30 ibidem, para proceder a su inscripción en el Registro Mercantil.

12. Las sociedades de familia se encuentran sujetas al régimen de matrices y subordinadas en toda su extensión.

13. Como se aprecia de los pronunciamientos invocados, la Superintendencia de Sociedades ha mantenido una línea doctrinal uniforme en el sentido de indicar que las sociedades de familia se encuentran sujetas en un todo al Régimen de Matrices y Subordinadas.