

OFICIO 220-042549 Febrero 20 de 2009

Asunto: La existencia de un conjunto de sociedades con objetos sociales distintos y con los mismos accionistas y directivos, no implica per se la obligatoriedad de constituir un grupo empresarial

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad con el número 2009-01-006271, por medio del cual consulta acerca de los requisitos legales para que varias empresas de diferentes objetos sociales y con los mismos accionistas y directivos, estén obligadas a constituirse como grupos empresariales, al igual que indaga sobre la normatividad aplicable y las circulares emitidas por esta Superintendencia al respecto.

Sobre el particular, y previo a dar respuesta a sus preguntas, resulta ilustrativo traer a colación lo manifestado por este Despacho mediante Oficio 220-132271 del 19 de diciembre de 2008, en el cual se efectuaron algunas consideraciones en cuanto a la noción y características de los denominados grupos empresariales. Se dijo en esa oportunidad:

□ Dispone el artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995: □ Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria. □

Por su parte, señala el artículo 261 del referido Código, modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995: □ Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, 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 de la sociedad.

PAR. 1º □ Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

PAR. 2º □ Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el párrafo anterior. □

A su turno prevé el artículo 28 de la Ley 222 de 1995: □ Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

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.

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan. □

De los anteriores preceptos se puede colegir que la conformación de un grupo empresarial, obedece a la estructuración de un conjunto de entidades en el que además de existir una relación de control o subordinación entre una o varias matrices o controlantes de naturaleza societaria o no societaria, y una o varias sociedades subordinadas que someten su poder de decisión a la voluntad de aquella o aquellas, concurre una unidad de propósito y dirección.

En dicha estructura empresarial, cada una de las entidades que la conforman conserva su individualidad y como tal su personalidad jurídica, lo que significa que la configuración de un grupo empresarial no da lugar al nacimiento de un nuevo ente autónomo e independiente.

Respecto de la noción y características de los grupos empresariales, esta Superintendencia mediante Oficio 125-2831 del 22 de enero de 1999 expresó:

□ Por otra parte, la Ley 222 de 1995 consagra un nuevo régimen de matrices y subordinadas, dentro del cual aparece el concepto de Grupo Empresarial (art. 28), el cual se configura cuando además de la subordinación existe entre los vinculados unidad de propósito y dirección.

De conformidad con los artículos 260 y 261 del Estatuto Mercantil, los sujetos vinculados en situación de control o grupo empresarial conservan su individualidad, es decir, mantienen sus atributos y obligaciones propias. Los supuestos de control establecidos en estas normas, suponen una o varias personas controlantes y una o varias sociedades comerciales controladas, de tal manera que en los dos extremos de la relación de control se ubican sujetos con posibilidad de adquirir derechos y de contraer obligaciones en forma independiente.

El artículo 28 de la Ley 222 de 1995, determina que "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 ella".

Del concepto de unidad de propósito y dirección, no puede concluirse que el objeto de cada una de las sociedades vinculadas se amplía, a la búsqueda de los propósitos del grupo, pues lo que ocurre según la ley, es que dicho objeto se orienta de acuerdo con las directrices trazadas por la matriz o controlante, quien debe considerar en sus decisiones las limitaciones propias de la capacidad de las sociedades subordinadas. Cada sociedad colabora con los propósitos del grupo en la medida de sus posibilidades, lo que no desnaturaliza el régimen de grupos empresariales, puesto que el mismo se fundamenta en la conservación de la personalidad jurídica de los vinculados y se da sin perjuicio del objeto social de cada empresa, expresión que no significa ampliación del objeto, sino la posibilidad de que en un mismo grupo se encuentren vinculadas sociedades con objetos sociales diferentes, los cuales, en virtud de la ley, siguen determinando la capacidad de cada una de ellas. □□

Del concepto transcrito se desprende, entre otras cuestiones, que la configuración de un grupo empresarial deviene de la existencia previa de una relación de control o subordinación entre una matriz o controlante y una sociedad o sociedades subordinadas, y de la determinación por parte de la matriz de una unidad de propósito y dirección, en la que se orientan los objetos de las subordinadas por las directrices trazadas por la controlante.

No obstante, si bien la unidad de propósito y dirección es fijada por la persona natural o jurídica que ejerce el control, ello no significa que obligatoriamente en todos los eventos en los que exista vínculo de subordinación deba establecerse por parte del controlante dicha unidad de propósito y dirección. Dicho en otras palabras, la determinación de la unidad de propósito y dirección no resulta obligatoria para la matriz, la que en virtud de su autonomía privada es libre de señalar o no las directrices que orienten las actividades de las compañías subordinadas hacia un objetivo trazado.

RESPUESTA CONCRETA A LA CONSULTA:

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, se pasa a dar respuesta a sus interrogantes de la siguiente manera:

Independientemente de que exista un conjunto de empresas con objetos sociales distintos y con los mismos accionistas y directivos, no hay desde el punto de vista legal obligación de que aquellas se constituyan como un grupo empresarial, toda vez que la configuración de este depende en primer lugar de que se presente una relación de control o subordinación en los términos del artículo 260 del Código de Comercio, y en segundo lugar de que la persona natural o jurídica controlante en desarrollo de su autonomía privada, decida determinar una unidad de propósito y dirección que oriente las actividades de las sociedades subordinadas.

La normatividad que regula la materia de los grupos empresariales, es la prevista en los artículos 260 y siguientes contenidos en el Capítulo XI del Libro II del Código de Comercio, modificado por los artículos 26 y siguiente del Capítulo V del Título I de la Ley 222 de 1995.

Las circulares que la Superintendencia de Sociedades ha expedido respecto de situación de control y de grupos empresariales, son la Circular Externa 030 del 26 de noviembre de 1997 sobre matrices y subordinadas, y la Circular Externa 005 del 6 de abril de 2000 sobre consolidación de estados financieros, tema íntimamente relacionado con los grupos empresariales.

En los anteriores términos damos respuesta a su consulta, manifestándole que el alcance del concepto expresado es el previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.