

OFICIO 220-002926 DEL 22 DE ENERO DE 2019

REF: SITUACION DE CONTROL y GRUPO EMPRESARIAL

Aviso recibo de su comunicación radicada bajo el número citado, mediante la cual solicita el concepto de esta Entidad en torno a un caso hipotético relativo al régimen de la situación de control societario en materia de grupos empresariales y la posibilidad de configurar además entre las entidades vinculadas una situación de unidad de propósito y dirección.

La consulta se formula en los siguientes términos:

“El artículo 28 de la Ley 222 de 1995 consagra que existirá un grupo empresarial cuando se presenten las siguientes situaciones: (i) vínculo de subordinación entre las sociedades, y (ii) unidad de propósito y dirección entre estas.

“Respecto a la primera circunstancia, consagra el artículo 26 *ibidem* que 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 controlantes, ya 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 denominará subsidiaria.

“En concordancia con lo anterior, el artículo 27 del mismo texto señala los supuestos de subordinación, estableciendo en su numeral tercero y párrafo primero lo siguiente:

“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.

PARÁGRAFO 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.”

“De conformidad con las normas citadas, se establece el siguiente caso hipotético:

“1. Existen 10 sociedades diferentes: sociedad A, sociedad B, sociedad C, sociedad D, sociedad E, sociedad F, sociedad G, sociedad H, sociedad I y sociedad J.

“2. Los accionistas de las sociedades A, B, C, D, E, F, G, H, I y J son personas naturales diferentes.

“3. En cada una de las sociedades A, B, C, D, E, F, G, H, I y J se evidencia que hay una persona natural que posee más del 50% del capital, o tiene una acción privilegiada que le otorga el poder de decisión absoluto en la sociedad.

“4. Las sociedades A, B, C, D, E, F, G, H, I y J son accionistas de otras 4 sociedades: sociedad W, sociedad X, sociedad Y, y, sociedad Z.

“5. La participación accionaria de las sociedades A, B, C, D, E, F, G, H, I y J en las sociedades W, X, Y y Z es por partes iguales y ninguna posee más del 50% del capital social o la mayoría de los votos.

“6. Las sociedades W, X, Y y Z tienen objetos sociales en común y desarrollan actividades mercantiles que persiguen un mismo fin.

“7. Las sociedades W, X Y y Z comparten administradores, es decir, tienen los mismos representantes legales y miembros de junta directiva.

“8. Adicionalmente, las sociedades A, B, C, D, E, F, G, H, I y J, y las sociedades W, X, Y y Z tienen suscrito un contrato de colaboración empresarial, con el objeto de lograr la administración de un negocio en común.

“De conformidad con las normas citadas y el caso hipotético planteado, me permito elevar la siguiente:

“- CONSULTA-

“1. ¿Se podría considerar que los diferentes accionistas, personas naturales, de las sociedades A, B, C, D, E, F, G, H, I y J, que poseen más del 50% del capital o una acción privilegiada que le otorga el poder de decisión absoluto de la sociedad, controlan conjuntamente y por intermedio de estas sociedades a las sociedades W, X, Y y Z?

“2. ¿Se podría considerar que las sociedades W, X, Y y Z en conjunto con las sociedades A, B, C, D, E, F, G, H, I y J conforman un grupo empresarial? “

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 a la situación de grupo empresarial, en función de la determinación de la situación de unidad de propósito y dirección entre las entidades que lo integran, se encuentra descrita legalmente en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, en los siguientes términos:

“ARTICULO 28. GRUPO EMPRESARIAL. 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.”

Sobre la materia preguntada, esta Entidad ha tenido la oportunidad de expresar su opinión 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. “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 fábrica 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.”¹

2. “Sin embargo, en esta norma ya se produce un avance fundamental que 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:

1 Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-108792 DEL 12 de Agosto de 2015

“ARTICULO 29. INFORME ESPECIAL. En los casos de grupo empresarial, tanto los administradores de las sociedades controladas, como los de la controlante, deberán presentar un informe especial a la asamblea o junta de socios, en el que se expresará la intensidad de las relaciones económicas existentes entre la controlante o sus filiales o subsidiarias con la respectiva sociedad controlada. “Dicho informe, que se presentará en las fechas señaladas en los estatutos o la ley para las reuniones ordinarias, deberá dar cuenta, cuando menos, de los siguientes aspectos:

“1. Las operaciones de mayor importancia concluidas durante el ejercicio respectivo, de manera directa o indirecta, entre la controlante o sus filiales o subsidiarias con la respectiva sociedad controlada.

“2. Las operaciones de mayor importancia concluidas durante el ejercicio respectivo, entre la sociedad controlada y otras entidades, por influencia o en interés de la controlante, así como las operaciones de mayor importancia concluidas durante el ejercicio respectivo, entre la sociedad controlante y otras entidades, en interés de la controlada, y

“3. Las decisiones de mayor importancia que la sociedad controlada haya tomado o dejado de tomar por influencia o en interés de la sociedad controlante, así como las decisiones de mayor importancia que la sociedad controlante, haya tomado o dejado de tomar en interés de la sociedad controlada; “La Superintendencia de Sociedades, o en su caso la de Valores o Bancaria, podrá en cualquier tiempo, a solicitud del interesado, constatar la veracidad del contenido del informe especial y si es del caso, adoptar las medidas que fueren pertinentes.” (Subrayas no son del texto).

“No se trata de simples alusiones idiomáticas desprovistas de consecuencias jurídicas, pues en estos apartes cuando la ley se refiere a otras “entidades” lo hace refiriéndose a las subordinadas, tal como se puede percibir de la simple lectura de las normas transcritas. Si el legislador hubiese querido restringir el concepto de subordinadas exclusivamente a sociedades comerciales, no se habría modificado la estructura genérica utilizada reiteradamente en otras estructuras normativas.

“La apertura conceptual adoptada por el legislador es total y consistente en involucrar en la expresión “entidades” no solo a las entidades configuradas como sociedades comerciales, sino a sujetos de naturaleza no societaria, de comprobada relevancia económica, tanto en calidad de matriz como en calidad de subordinada, reconociendo de esta manera la realidad de las relaciones económicas en este tipo de estructuras de mercado.

“Al final del ejercicio descubre el investigador que el legislador ha avanzado sustancialmente de la perspectiva formal al énfasis en la actividad económica organizada relevante en su intensidad y realidad para la economía del país. Poco a poco se va asociando el concepto de “otras entidades” con el concepto de toda actividad económica organizada, buscando con ello la realidad de las operaciones de mercado en el conglomerado.

“El artículo 31 de la Ley 222 es eficiente en expresar la importancia de identificar la situación de control en su mayor intensidad frente a cada operación económica relevante, pero esta vez se aproxima con claridad inusitada a la realidad de las operaciones de mercado, en el terreno de la expresión de la posición dominante en perjuicio del Estado, de los socios de las sociedades vinculadas o de terceros, facultando a las entidades de vigilancia y control para intervenir de manera plena y directa en tales operaciones.

“ARTICULO 31. COMPROBACION DE OPERACIONES DE SOCIEDADES SUBORDINADAS. El articulado del Código de Comercio quedará así:

“ARTICULO 265. Del Código de Comercio. Los respectivos organismos de inspección, Vigilancia o control, podrán comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados. En caso de verificar la realidad de tales operaciones o su celebración en condiciones considerablemente diferentes a las normales del mercado, en perjuicio del Estado, de los socios o de terceros, impondrán multas y si lo considera necesario, ordenarán la suspensión de tales operaciones. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones de socios y terceros a que haya lugar para la obtención de las indemnizaciones correspondientes.

“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.

“Trátase 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.

“En conclusión, desde la legislación vigente se impone con toda suficiencia el avance doctrinal consistente en el reconocimiento de la fórmula que incluye tanto en la parte activa de la vinculación como en la pasiva de la situación de control a “otras personas” o “entidades” de naturaleza no societaria, para integrar en consonancia con la realidad a todos los actores económicos materialmente involucrados, tanto en el registro mercantil como en el informe consolidado de estados financieros.”²

² Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-017816 de 14 de Febrero de 2015

3. “De igual forma, la matriz o controlante, además de preparar y presentar estados financieros de propósito general individuales, deberá preparar y difundir estados financieros de propósito general consolidados que presenten la situación financiera, los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio, así como los flujos de efectivo de la matriz o controlante y sus subordinados o dominados, como si fuesen los de un solo ente (Art. 35 ídem). (...) 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. ...”

“A ese propósito la Circular Básica Jurídica señala: “El grupo empresarial. En el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 se introduce el concepto de grupo empresarial. Sus presupuestos de existencia son que además de existir la situación de control o subordinación, se verifique la unidad de propósito y dirección entre las entidades vinculadas. Se indica que existe tal 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... (...) ...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”.

“Para los efectos anteriores, es importante tener en cuenta que frente a la unidad de propósito y dirección debe tenerse en cuenta:

“a. El objeto social de las sociedades puede ser semejante en cuanto a su alcance, e incluso también complementario cuando las mismas se dedican a la actividad económica relacionada. Pero su objeto puede ser diverso y verificarse la unidad de propósito y dirección entre los sujetos controlados y la matriz.

“b. La composición accionaria de las sociedades se estructura con la participación de los mismos accionistas.

“c. La administración de las sociedades está a cargo de la junta directiva, la cual se encuentra en las sociedades vinculadas y subordinadas, conformada en su mayoría por las mismas personas naturales o jurídicas.

“d. La representación legal de las sociedades se encuentra a cargo de las mismas personas que figuran como representantes de otras sociedades vinculadas.”

“De otra parte, en cuanto hace a la reglamentación legal referente a las NIIF, es del caso observar que las normas internacionales de información financiera no contienen lineamientos para la determinación de la existencia de Grupo Empresarial; en tanto que las presunciones de control están referidas a la consolidación de estados financieros.

“Para estos efectos deberán remitirse a los dispuesto en la NIIF 10 que establece los principios para la presentación y preparación de información financiera cuando una entidad controla una o más entidades distintas y en NIIF para Pymes, la sección 9 define las circunstancias en las que la entidad presenta estados financieros consolidados.”³

3 Superintendencia de Sociedades Oficio 220-091161 del 2 de mayo de 2017

Los documentos transcritos permiten inferir con toda claridad que 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.

Bajo las premisas esbozadas, se responden las cuestiones planteadas en los siguientes términos:

1. No es posible establecer, sobre los supuestos hipotéticos presentados, la existencia de control conjunto en cabeza de accionistas que poseen más del 50% del capital o una acción privilegiada sobre sociedades que a su turno podrían tener el control sobre sociedades aparentemente subordinadas, pues, como quedó dicho, las simples presunciones de control

resultan insuficientes para afirmar su existencia, o la existencia de control conjunto sobre sociedades subordinadas de otras.

2. Por las mismas razones indicadas, no es posible definir la existencia de unidad de propósito y dirección entre las sociedades hipotéticamente relacionadas, pues hace falta conocer las circunstancias particulares que se presentan en el entorno de cada una de las sociedades desde la perspectiva de su administración, modelo de negocio, planeación, dirección, manejo financiero, operaciones económicas relevantes y beneficiario real de las operaciones, entre otros aspectos.

Corresponderá entonces a los administradores de las compañías pertinentes y a quienes ejercen el poder de decisión sobre las mismas, valorar la existencia de la situación de control y la existencia de grupo empresarial, para luego proceder a su inscripción en el Registro Mercantil. Los conflictos que pudieren llegar a suscitarse, en caso de existir situaciones particulares y concretas, pueden ser conocidos por la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control de esta Superintendencia.

En los anteriores términos su solicitud ha sido tendida, con los efectos descritos en el artículo 28 la Ley 1755 de 2015, no sin antes reiterar que en la Página WEB de la Entidad puede ampliar la información suministrada.