

OFICIO 220-015739 DEL 19 DE FEBRERO DE 2021

ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON UNA SITUACIÓN DE CONTROL EN UNA S.A.S.

Acuso recibo de su escrito citado en la referencia, mediante el cual, formula una consulta sobre algunos aspectos relacionadas con una situación de control en una sociedad por acciones simplificada – S.A.S., en los siguientes términos:

- 1. “Cuando en una Sociedad por Acciones Simplificada que se encuentra conformada por personas naturales, una de ellas posee más del 50% del capital, ¿se puede decir que éste único hecho genera una situación de control conforme a los artículos 260 y 2 61 del Código de Comercio?”*
- 2. ¿Cómo se puede desvirtuar la presunción de una situación de control en una SAS, es decir, que presupuestos tienen que construir para que exista realmente situación de control en una SAS?*
- 3. Cuando esa situación de control recae en una persona natural ¿qué efectos o implicaciones tiene para dicha persona y para la sociedad?”*

Sobre el particular, me permito manifestarle que al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1736 de 2020, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad absolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares, de conformidad con las normas que rigen sus servicios y funciones, y en esa medida emite un concepto u opinión de carácter general y abstracto sobre temas de derecho societario a su cargo, cuyo alcance tendrá los efectos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Advertido lo anterior, este Despacho se permite citar algunos apartes del concepto emitido a través del Oficio 220- 008089 del 18 de febrero de 2019, mediante el cual, entre otros, se resuelven algunos interrogantes relacionados con la situación de control en una sociedad simplificada por acciones, en términos similares a los planteados:

“...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.

(...)

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 fábrica 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.

“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:

“ ... ”

“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.”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.”

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, trátense 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.

(...)

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.

(...)

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 *ibídem*, para proceder a su inscripción en el Registro Mercantil. (...).”

Por último, se sugiere consultar el Capítulo VII de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades, que se refiere a Matrices, Subordinadas y Grupos Empresariales, el cual puede ubicar en el siguiente link:

https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/NormatividadCircularBasicaJuridica/2017-01588643.pdf

En los anteriores términos, se da respuesta a su consulta, no sin antes advertir que la misma tendrá el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.