

OFICIO 220-064141 DEL 15 DE ABRIL DE 2016

Ref: SUPUESTOS DE SUBORDINACIÓN

Me refiero a su escrito radicado con el No. 2016-01-088163 el 3 de marzo de 2016, mediante el cual realiza el siguiente planteamiento y formula una solicitud:

La empresa A para el ejemplo, tiene un accionista mayoritario que está evaluando la posibilidad de crear una sociedad-empresa B para el ejemplo, que administre sus bienes incluidas las acciones que la volverían mayoritaria a B en A, esto con miras a que si se da el fallecimiento del accionista no afecte la continuidad del negocio en la empresa A.

De acuerdo con lo expuesto, solicita que se le envíe información de temas similares y en especial, si en el caso mencionado, se hace necesario informar a la superintendencia de sociedades el control que B llegaría a ejercer en A, así como el envío de estados financieros consolidados.

Sobre el particular, me permito manifestarle que en la modalidad de consulta, la Superintendencia emite un concepto de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, mas no en relación con una sociedad o asunto en particular, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Y es que mal puede esta superintendencia, pronunciarse por sobre una situación particular como la que motiva su solicitud, cuando se desconocen los antecedentes de la compañía en su contexto, y por ende de los elementos de juicio suficiente, para practicar la evaluación de fondo que requiere el tema en cuestión.

No obstante y sin perjuicio del análisis que pueda directamente adelantar luego de consultar los conceptos jurídicos, así como la Circular Básica Jurídica que se hallan en la P. WEB de la Entidad, cabe señalar que sobre el tema de las presunciones de subordinación es extensa la doctrina de esta Superintendencia.

Basta traer a colación, apartes del oficio 220-001946 del 18 de enero de 2016, en el cual se expresó:

“(…)

“...con el fin de proporcionar luces que contribuyan a despejar sus inquietudes, es oportuno traer a continuación las consideraciones de orden jurídico y conceptual a tener cuenta frente a la noción y alcances del supuesto de control que según el numeral 1º, artículo 261 del Código de Comercio, tiene ocurrencia por la

participación mayoritaria de un accionista en el capital de la subordinada, sea directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, para lo cual se transcriben algunos apartes Del Oficio 220-143343 del 8 de septiembre de 2014.

(...)

Este Despacho al analizar dicha hipótesis en el contexto del marco legal correspondiente ha puesto de presente:

En el actual postulado el artículo 260 del Código de Comercio modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, circunscribe la subordinación societaria al hecho de que el poder de decisión de una compañía, esté directa o indirectamente sometido a la voluntad de otra u otras personas llamadas matriz o controlante. Este postulado comprende el concepto del control individual y el concepto de control conjunto o compartido. A su vez el artículo 261 modificado por el artículo 27 de la misma ley enuncia los supuestos de control societario bajo las siguientes modalidades:

- 1) 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, o las subordinadas de éstas.
- 2) Control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria: Esta modalidad se presenta cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el poder de voto suficiente para adoptar las decisiones de las juntas de socios o las asambleas de accionistas, o los votos necesario para elegir la mayoría de los miembros de junta directiva, si la hubiere.
- 3) Control externo: Esta forma de control también se denomina "subordinación contractual" y se verifica cuando la matriz directamente, o por intermedio o con el concurso de las subordinadas ejerza 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.

Estos supuestos tienen dos características especiales:

- a) No tienen carácter taxativo, por tanto pueden existir otras formas de control.
- b) Son presunciones legales, luego los interesados pueden desvirtuarlas.

Como esta Entidad lo ha reiterado, es claro que la anterior no es más que una relación de los eventos en los cuales se presume la existencia del control en los términos descritos en el artículo 260, lo que significa de una parte que a pesar de

que existan hechos que en apariencia constituyan uno de tales supuestos, legalmente es posible desvirtuar la presunción de que se trate mediante la demostración de circunstancias que conlleven a que el poder de decisión de la compañía, no se encuentre en realidad sometido a la voluntad de un tercero y de otra parte, que pueden existir otras circunstancias diferentes que den lugar a una situación de control, en cuyo evento corresponderá a las partes verificar su existencia y declararlo, sin que la subordinación se presuma. (Oficio 220- 15430, abril 13 de 1998.)

Por tal razón y considerando que la ley no previó unos presupuestos taxativos que recojan todas las hipótesis posibles de "control " y los que estableció admiten prueba en contrario, es que su ocurrencia como se ha dicho, se encuentra supeditada a la verificación de los elementos que permitan comprobar que se trata de una sociedad cuyo poder de decisión efectivamente se encuentra sometido a la voluntad de otra, u otras personas, lo que supone en este último evento que además de detentar la mayoría decisoria, entre las distintas personas exista una manifiesta voluntad de actuar en común encaminada a ejercer conjuntamente el control de la sociedad.

En este orden de ideas este Despacho ha manifestado que la participación de un accionista en el capital de la subordinada, sea directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en una proporción superior al 50 %, no constituye per se un elemento determinante de la situación de subordinación societaria en los términos del Num1º, Artículo 261 del Código de Comercio, o lo que es lo mismo, que es susceptible de ser desvirtuado como tal, si a ello se suman otras condiciones que le impidan al titular imponer su voluntad y por tanto ejercer de manera autónoma una influencia dominante en la compañía, al existir por ejemplo, una estipulación estatutaria o, acuerdo previo dirigido a ese fin, a través del cual para adoptar las decisiones del máximo órgano social se exija contar con el concurso de otro u otros accionistas a los que les asista el derecho a participar libremente en las mismas, con lo cual se torna imposible en la práctica que el socio mayoritario pueda ser controlante, pues no tendría se repite, la autonomía suficiente para someter la voluntad de los restantes.

El mismo criterio, serviría de base para concluir que el supuesto de control por participación mayoritaria se puede desvirtuar también si hay un contrato de fiducia que genera un patrimonio autónomo en el que se radica una parte de esa participación en el capital social que limite al titular para imponer su voluntad y adoptar las decisiones en la compañía, en cuyo caso la situación de control estará condicionada a los términos del contrato respectivo."

Ahora bien, respecto de la obligación de inscribir la situación de control en el registro mercantil, así como de la consolidación de estados financieros, esta Oficina mediante oficio 220-108792 del 12 de agosto de 2015, señaló:

“(...)

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. Dicha obligación debe ser observada dentro de los treinta (30) días siguientes a la configuración de la situación de control (Art. 30 de la Ley 222 de 1995). 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 anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes reiterarle que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo