

OFICIO 220-008947 DEL 30 DE ENERO DE 2018

Ref: DE LA IMBRICACION - ENTRE FILIALES O SUBORDINADAS RESPECTO DE LAS SOCIEDADES QUE LAS DIRIJAN O CONTROLLEN.

Aviso recibo de su escrito en el cual formula consulta relativa con la prohibición de imbricación en el siguiente contexto, así:

“1. ¿La prohibición de imbricación, es decir, de una controlada en tener participaciones en su controlante, aplica únicamente entre filiales y controlantes o también aplica entre subsidiarias y controlantes?”

“2. ¿La prohibición de imbricación tiene que ver únicamente con la participación de la controlada o también aplica la participación indirecta de la controlada en la controlante?”

“2. ¿Si, por ejemplo, la sociedad A es dueña del 100% del capital de B, y B a su vez es dueña del 100% del capital de C, aplicaría la prohibición comprendida en el artículo 262 del Código de Comercio de manera que C no podría adquirir acciones en A.

“3. Haciendo una interpretación conjunta de los dos artículos anteriores, no está claro si la prohibición de imbricación a que se hace referencia el artículo 262 del C. de Co. se extiende tanto a matrices como a controlantes (en los términos definidos en el artículo 260 del C. de Co.), dado que ese último artículo habla en general de las sociedades que las dirijan o controlen, pero no hace referencia específica a matriz o a controlante. Por lo tanto, podría pensarse que a la prohibición del artículo referido aplica tanto a la relación matriz-filial como a la relación matriz-subsidiaria.”

En el entendido que los pronunciamientos emitidos en esta instancia solo expresan una opinión general y abstracta de la Superintendencia sobre las materias a su cargo, procede abordar la inquietud planteada sobre la figura de la imbricación y particularmente sobre los alcances de prohibición que consagra la norma citada, para lo cual se tendrán en cuenta las consideraciones de orden normativo y doctrinal, atendiendo que la Entidad de tiempo atrás se ha ocupado del tema.

La subordinación

De acuerdo al texto del artículo 260 del Código de Comercio, “*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 se denominará filial o por el concurso o por*

intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso de llamará subsidiaria. (Negrilla y subraya fuera de texto).

Del contenido de la norma citada se colige sin mayor esfuerzo, que la subordinación puede operar de manera directa e indirecta, es decir, bien sea, desde la perspectiva como filial o desde las subordinadas de la controlante.

Conforme a esa misma estructura jerárquica de dependencia, el artículo 261 ibídem identificó los supuestos en los que habrá subordinación de una sociedad frente a las sociedades que las dirijan o controlan, al prescribir:

“Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos....”:

“1°.- Cuando más del 50% del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas de éstas...”

(...)

Así se advierte que una sociedad será subordinada, entre otros cuando más del 50% de su capital pertenece directa o indirectamente respecto de las sociedades que las dirijan o controlan, independientemente de si es filial, subordinada o subsidiaria.

Imbricación.

Determinado el supuesto de subordinación, se da paso ahora a la prohibición prevista en el artículo 32 de la Ley 222 de 1995, alusivo con el fenómeno jurídico económico denominado imbricación, así:

“PROHIBICION A SOCIEDADES SUBORDINADAS.

“El artículo 262 del Código de Comercio quedará así:

*“Artículo 262. **Las sociedades subordinadas** no podrán tener a ningún título, partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen. Serán ineficaces los negocios que se celebren, contrariando lo dispuesto en este artículo”. (Negrillas fuera de texto).*

De las disposiciones anteriores, se desprende que las sociedades subordinadas independientemente de que el control sea directo o indirecto, no pueden tener a ningún título, partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen.

Es decir, que la sociedad que tenga la condición de filial o de subsidiaria no podrán bajo ningún título, tener partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen.

A ese propósito ilustran las explicaciones expuestas en el Libro “*Grupo empresariales y control de sociedades en Colombia*”¹, por resultar apropiadas, así:

“El artículo 262 del Código de Comercio especifica la sanción de ineficacia para los negocios que se celebren contrariando la prohibición de las sociedades subordinadas de tener participación patrimonial en las sociedades que las dirijan o controlen. ... La imbricación es entendida en materia de grupos como la existencia de participaciones recíprocas entre las participes del conglomerado. No solo puede darse este fenómeno entre la matriz y las subordinadas, sino también entre sociedades subordinadas, no obstante la única que está expresamente prohibida por la ley colombiana es la participación de las subordinadas en el capital de las sociedades que las dirijan o controlen.”

“Francisco Reyes Villamizar al referirse a la participación de las subordinadas en el capital de la matriz señala que se trata de una maniobra que “genera el desvanecimiento de una parte del capital de la de la sociedad matriz, cuyo efecto principal consiste, en la práctica, en la duplicación parcial y ficticia de los aportes de los asociados.” (Negrilla fuera de texto).

De suerte, que la expresión “*Las sociedades subordinadas*”, contenida en el artículo 32 de la Ley 222 de 1995, no permite inferir diferenciación, exclusión ni limitación de la prohibición de imbricación respecto de las sociedades subordinadas y/o subsidiarias, bien sea directa e indirectamente de las sociedades que las dirijan o controlen.

¹Superintendencia de Sociedades, Pág. 98 y 99.

Sobre el tema, que como fue dicho se ha ocupado en extenso esta Entidad, es oportuno consultar el Oficio 220-253322 de 29-12-2016 de 29/12/2016, apartes del cual viene el caso transcribir.

(...)

Por su parte, la Superintendencia Financiera de Colombia, al estudiar un caso de adquisición de acciones por parte de una sociedad en otra, con ocasión de una demanda de ineficacia presentada, con fundamento en el artículo 133 de la Ley 446 de 1998, en sentencia del 2 de marzo de 2009, expresó lo siguiente:

“...El artículo 262 del Código de Comercio prescribe que “las sociedades subordinadas no podrán tener a ningún título partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen. Serán ineficaces los negocios que se celebren contrariando lo dispuesto en este artículo”. La norma en mención restringe la denominada imbricación societaria, para evitar el desvanecimiento de capital entre las sociedades, la duplicación parcial y ficticia de los aportes de los asociados, y para proteger, en últimas la prenda general de los acreedores societarios. Para que tenga lugar la imbricación se requiere de una situación de control entre dos sociedades. En esencia, los requisitos para que se presente la imbricación societaria son entonces: i) la existencia de una sociedad matriz; ii) la presencia de una o varias sociedades subordinadas; iii) que la subordinada participe en el capital de la matriz. Reunidos tales elementos, existe imbricación sin importar si el capital está representado en acciones o partes de interés y si las mismas fueron adquiridas a títulos gratuito u oneroso. (La negrilla no es del texto).

Por su parte, como se desprende claramente del tenor literal de la norma, la correcta interpretación del artículo 262 del Código de Comercio es aquella según la cual cuando media una relación de subordinación societaria, es decir cuando hay una sociedad controlante de una a la sazón filial o subsidiaria suya, no puede ésta última adquirir acciones de la matriz controlante. Solo pueden ser ineficaces entonces los actos celebrados por la subordinada, una vez ha adquirido ya esa calidad de subordinada, cuyo objeto sea la adquisición o el aumento de su participación en acciones de la controlante....”

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Título II, Derecho de Petición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que en la P.Web de la Entidad puede consultar la normatividad, los conceptos jurídicos, como la Circular Básica Jurídica, en particular su capítulo VII denominado MATRICES, SUBORDINADAS Y GRUPOS EMPRESARIALES, en la que podrá obtener mayor información.