SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

OFICIO 220-104139 DEL 26 DE SEPTIEMBRE DE 2019

REF: SITUACIÓN DE CONTROL. UNIÓN MARITAL DE HECHO- UNIÓN ENTRE CÓNYUGES O DE PARENTESCO.

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia, mediante la cual consulta si puede existir una situación de control derivada de una unión marital de hecho, de la unión entre cónyuges y también por el parentesco, en primer grado, que existe entre padres e hijos.

De forma preliminar es necesario advertir que si bien en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 de 2015, este Despacho emite los conceptos a que haya lugar con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, estos expresan una opinión general puesto que sus respuestas no están dirigidas a resolver situaciones particulares y concretas, lo que explica, a su vez, que estas no tengan carácter vinculante ni comprometan su responsabilidad.

Para resolver el asunto objeto de su inquietud, sea lo primero tener en cuenta que a la luz de artículo 26 del Código Civil, *"Los jueces y los funcionarios públicos, en aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido,…"*, regla a partir de la cual, esta Superintendencia tomando en consideración las normas que regulan los supuestos de subordinación contenidas en los artículos 26,27 y 28 de la Ley 222 de 1995, ha fijado su criterio en torno al concepto de situación de control y/o grupo empresarial, tema que ilustra muy bien el oficio 220-004390 del 20 de enero de 2014, algunos de cuyos apartes se transcriben a continuación:

"(…) Al respecto, es del caso observar que de acuerdo con 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 aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria."

La doctrina vigente con respecto a la naturaleza jurídica de las entidades vinculadas en la situación de control o de grupos empresariales, ha sido objeto de

una evolución normativa, en la medida en que la actividad legislativa ha asumido paulatinamente la responsabilidad de reflejar la realidad de las relaciones económicas inherentes a sus protagonistas.

La fórmula utilizada en el Código de Comercio, fue modificada por la Ley 222 de 1995, por medio de la cual se subrogaron los artículos 260 y siguientes del Código de Comercio, en cuanto que en esta ocasión fueron incluidos otro tipo de sujetos en la relación de vinculación.

De esta manera, se estableció en el artículo 26 de la citada norma lo siguiente:

ARTICULO 26. SUBORDINACIÓN. El artículo 260 del Código de Comercio quedará así: "ARTICULO 260. 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.

Se aprecia cómo, inicialmente, el legislador de 1995 reitera el concepto de subordinación referido a la sociedad como sujeto pasivo de la relación y da un giro en relación con la controlante para señalar que este sujeto puede ser otra sociedad u "otras personas".

Más adelante, los parágrafos primero y segundo del artículo 27 ibídem, resultan más explícitos al reconocer la posibilidad de que la matriz sea una persona natural o jurídica de naturaleza no societaria, según se lee:

"PARAGRAFO lo. 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.*

"PARAGRAFO 2°. 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 parágrafo anterior****." (La negrilla no es del texto).*

Pero en esta oportunidad, llama la atención que el legislador introduce el vocablo "entidades" para referirse a aquellas personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria que pueden existir en calidad de controlantes de cara a la relación de vinculación.

Lo propio ocurre en la novedad que implementa el artículo 28 ibídem, con respecto a la existencia de Grupo Empresarial:

'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." (Subrayas no son del texto)
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:*

"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 saciedad 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 controlan te, 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 de! 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. …" *(La negrilla no es del texto).*

Efectuadas las precisiones que anteceden, en opinión de este Despacho y desde el punto de vista del derecho mercantil, la evolución legal de situaciones de control y/o de grupos empresariales, que abarca personas jurídicas y/o naturales de naturaleza civil o comercial con vinculaciones económicas y comerciales, **no incluye relaciones de otra índole, como las que resultan de uniones maritales de hecho, entre cónyuges o de parentesco como la que existe entre padres e hijos.**

En los anteriores términos se han atendido sus consultas, no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.