

OFICIO 220-200540 DEL 15 DE OCTUBRE DE 2020

ASUNTO: SITUACIÓN DE CONTROL Y GRUPO EMPRESARIAL.

Acuso recibo de su comunicación radicada bajo el número citado, mediante la cual solicita el concepto de esta Entidad en torno a la conformación de situación de control conjunto o de grupo empresarial, en un caso hipotético.

La consulta se formula en los siguientes términos:

- *“La consulta sobre si hay situación de control es respecto a una sociedad X cuyos accionistas son las sociedades 1, 2 y 3 donde cada una tiene el 33.33% de participación accionaria, y ninguno por separado tiene la mayoría necesaria para tomar decisiones, ni para elegir representantes o administradores, ni influencia por operaciones comerciales.*
- *Cada sociedad 1,2 y 3, tiene como controlante por derecho de voto a una persona natural mayor de 35 años: Sociedad 1 a A, Sociedad 2 a B, Sociedad 3 a C.*
- *A, B y C son hermanos, pero todos ellos son casados con hijos y toman sus decisiones de manera independiente, cuidando los intereses de sus respectivas familias.*
- *Ninguno de los tres hermanos ejerce una influencia o control sobre ninguno de los demás hermanos. Tampoco hay dos hermanos que se unan entre sí para nombrar administradores o para tomar decisiones en general. Todas las decisiones en sociedad X se toman con objetividad e independencia.*
- *Esta misma situación ocurre en la sociedad Y.*

Consultas:

- 1. Teniendo en cuenta que en la sociedad X, a través de otras sociedades, hay 3 hermanos adultos e independientes que (indirectamente) que toman*

decisiones, por ese solo hecho ¿puede hablarse de una situación de control conjunto por parentesco?

2. Es posible que haya grupo empresarial si existiera unidad de propósito y dirección entre X y Y, ¿aun cuando sobre X y Y no hubiere situación de control?"

Aunque es sabido, es oportuno advertir que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades 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 a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular, ni constituyen asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada, lo que explica que sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

El caso a que se refiere su consulta es particular, por lo que esta Oficina no se referirá específicamente al mismo; no obstante, atendiendo el derecho de la consultante a ser orientada sobre el tema que le resulta de interés, se expondrán algunas consideraciones generales sobre el mismo.

Advertido el contenido y sentido de la consulta, se informa que todas estas cuestiones se encuentran desarrolladas en la Circular Básica Jurídica de esta Superintendencia,¹ cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación, en consonancia con las preguntas formuladas:

1. Situación de control conjunto por parentesco:

"3. Control Conjunto

*El artículo 26 de la Ley 222 de 1995 y el parágrafo 10 del artículo 27 de la misma norma, consagran expresamente que matrices o controlantes pueden ser una o más personas naturales o jurídicas. Es precisamente una de las grandes innovaciones incorporadas por dicha ley, pues en la legislación anterior solo se contempla la opción de "una sociedad" como matriz. **Se presenta el control conjunto cuando unas pluralidades de personas controlan una o más sociedades, manifestando una voluntad de actuar en común distinta de la "afectio societatis", mediante circunstancias tales como la participación conjunta en el capital de varias empresas, la coincidencia en los cargos de representación***

1 Superintendencia de Sociedades. Circular Externa 100-000005 de 2017 (Circular Básica Jurídica, CAPÍTULO VII MATRICES, SUBORDINADAS Y GRUPOS EMPRESARIALES, Páginas 79 y siguientes). Visible en https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/NormatividadCircularBasicaJuridica/2017-01588643.pdf

legal de las mismas, la actuación en "bloque" en los órganos sociales, etc., todas ellas apreciadas en conjunto y en el caso concreto.

El análisis sobre la aplicación del régimen de grupos no puede hacerse solamente desde la perspectiva de cada sociedad considerada aisladamente, sino que es necesario apreciar el conjunto para comprobar si además del "animus societatis" que supone la existencia de cada sociedad, **existe una intención de los asociados de proyectar la operación de negocios a través de una pluralidad de sociedades; en caso de verificarse esta situación, es evidente que actúan por medio de un grupo de sociedades, cuyos elementos comunes las ubican en un nivel de control que trasciende a la simple vinculación.**

La consagración del control conjunto ha permitido el reconocimiento de la condición del control que desde hace mucho tiempo se presenta especialmente en las llamadas sociedades cerradas, con cuyo concurso se han estructurado varios de los más importantes conglomerados del país.

Con las declaratorias de la condición de grupo bajo esta modalidad de control, **se ha reconocido la realidad del control que determinadas familias ejercen sobre varias sociedades, en las que a pesar de que públicamente operan como "grupo", en la composición de capital ningún socio posee más del cincuenta por ciento, por lo cual en algunos casos pretenden desconocer la estructura de grupo.**

En los casos de control conjunto, el documento de que trata el artículo 30 de la referida ley, deberán suscribirlo todos los controlantes.”

2. Grupo Empresarial – Situación de Control

“4. 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.**

En materia de autoridades competentes en la Ley 222 de 1995 se faculta a las Superintendencias de Sociedades y Superintendencia Financiera, según sea el caso, para determinar la existencia del grupo empresarial cuando existan discrepancias sobre los supuestos que lo originan.

5. La unidad de propósito y dirección en los grupos empresariales.

El artículo 28 de la Ley 222 de 1995 establece que "habrá grupo empresarial cuando además de vínculo de subordinación, exista entre las personas jurídicas unidad de propósito y dirección".

De conformidad con la norma anterior, para que se configure la situación de grupo empresarial se requiere:

ii. (sic) Existencia de un vínculo de subordinación, el cual es descrito en los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995 que modificaron los artículos 260 y 261 del Código de Comercio.

iii. Que exista entre las entidades unidad de propósito y dirección. En relación con esta última presunción de la situación de grupo empresarial, sea lo primero señalar que el mismo no puede limitarse única y exclusivamente a hipótesis cerradas definidas por el legislador, por cuanto obedecen a fenómenos de carácter económico y como tal variables, razón por la cual la descripción prevista en la norma de "perseguir la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante", como respuesta a la noción de "unidad de propósito y dirección", es lo suficientemente amplia, por lo que se comprenden las diferentes hipótesis que puedan presentarse en la realidad empresarial.

En este aspecto la ley describe los supuestos del grupo empresarial ampliando el criterio propio del control o subordinación, y exige en forma adicional, que independientemente del desarrollo individual del objeto social por cada una de las compañías, se configure una marcada injerencia o intervención de la matriz controlante en procura de la obtención de un beneficio general o exclusivo del grupo entendido como un todo o de alguna parte específica del mismo.

Así las cosas, **no habrá lugar a considerar la figura del "grupo empresarial", por el simple hecho de que la matriz persiga que sus subordinadas sean rentables, salvo que dicho objetivo se encuentre acompañado de una injerencia de aquella en cuanto a la disposición planificada y sistemática de objetivos determinados, que han de ejecutarse por los sujetos que conforman el grupo, al tiempo que deben someterse a su evaluación y control directo o indirecto estableciendo una clase de relación de interdependencia.**

La unidad de propósito y la unidad de dirección significan las cualidades que se predicen de las entidades, en cuanto a la relación de interdependencia que las caracteriza como grupo empresarial. Esta integración de las relaciones en el grupo empresarial, es amplia por la misma expresión de la ley y señala claramente su intención. Su propósito es permitir a las realidades empresariales, que participan en la actividad económica ejecutada por los sujetos de derecho, asumir la multiplicidad

de formas que se consideren convenientes, partiendo de un elemento integrador, el cual es la realización de objetivos determinados que los comprometen en un sentido o finalidad de acuerdo al supuesto legal.

De conformidad con lo expuesto, **se puede afirmar que se presenta unidad de propósito, cuando la relación de las entidades involucradas a través de la subordinación, presentan una finalidad, que es comunicada por la entidad controlante y asumida por las controladas, encaminada a la ejecución de un fin designio que se asume en beneficio del grupo sin perjuicio de la actividad correspondiente de los sujetos que lo componen.**

Con relación a **la unidad de dirección, la misma se configuraría en múltiples maneras, prevaleciendo, en todo caso, la atribución a la controlante de la facultad de intervenir activamente en forma directa o indirecta en la toma de decisiones que afectan a los sujetos subordinados integrados en el grupo, para la ejecución de los designios definidos por la misma; Ello incluye entre otras actividades, la definición y aplicación de las estrategias, de políticas, planes y orientaciones económicas, administrativas o financieras pertinentes, a fin de que los sujetos que conforman el grupo las pongan en marcha y con su desarrollo se logre el objetivo previsto.**

En este orden de ideas, existe unidad de dirección cuando las empresas que conforman el grupo están dominadas o subordinadas a la expresión del poder de la controlante, que tiene la facultad de decisión, y ello con el propósito de que todas actúen no sólo bajo la misma dirección, como es lógico, sino bajo los mismos parámetros, **sean ellos explícitos o no.**

Será el estudio de las condiciones y las relaciones que se verifican entre los sujetos en cada caso en particular, el que determinará la existencia del grupo empresarial. En el evento de presentarse discrepancia en cuanto a los supuestos del grupo empresarial, será la respectiva autoridad administrativa competente, quien lo definirá, de oficio o a petición de los interesados efectuando el análisis particular de cada caso. (Ley 222/95, art. 30, inc. 20).”

(...)

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 una 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 las otras sociedades vinculadas.

Estos hechos como algunos otros que frecuentemente conoce esta Superintendencia, permiten establecer que entre las sociedades no existe una total independencia en su administración, puesto que aparece identidad entre las personas que ejercen las funciones de dirección en ellas de lo cual resulta, que se verifica la unidad en la dirección de las empresas.

En cuanto se refiere a la unidad de propósito, por la determinación de los objetivos por parte de la matriz o controlante, en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto de sujetos, será necesario atenerse a las políticas de las empresas, las cuales estarán plasmadas en las decisiones de los máximos órganos sociales y de las juntas directivas, según sea el caso y los administradores, junto con la manera como ambas sociedades vienen desarrollando su actividad empresarial, tanto en sus relaciones recíprocas y con los terceros.

Le corresponde a la matriz o controlante calificar estos aspectos y en caso de discrepancias o inquietudes en los supuestos, deberá someterse a esta Superintendencia los documentos y pruebas pertinentes, para que se tome una decisión definitiva al respecto por parte de la autoridad administrativa competente. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 la Ley 1755 de 2015, no sin antes señalar que en la Página WEB de la entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.