

OFICIO 220-002605 DEL 15 DE ENERO DE 2018

REF: RADICACIÓN 2017-01-591752 24/11/2017 SITUACIÓN DE CONTROL Y GRUPO EMPRESARIAL CON MATRIZ EXTRANJERA

Aviso 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 o Grupo Empresarial entre una o varias sociedades extranjeras y una sociedad colombiana, de conformidad con los artículos 26 y siguientes de la Ley 222 de 1995.

La consulta se formula en los siguientes términos:

“Anoto que en cumplimiento del artículo 16 de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, el objeto del presente derecho de petición es conocer, cuál es la posición actual de esa Entidad en relación con los criterios para la conformación de un Grupo Empresarial y particularmente cuando existen sociedades extranjeras involucradas dentro de la estructura corporativa.

1. Consideraciones Jurídicas.

*1.1. La Circular Básica Jurídica de la Superintendencia, en relación con la aplicabilidad de la Ley 222 a las sociedades extranjeras, dispone que **"a las matrices o controlantes extranjeras, domiciliadas en el exterior, les son aplicables también las obligaciones de inscripción en el registro mercantil, de las situaciones de control o grupo empresarial que se verifiquen en Colombia.**" (Énfasis añadido)*

*1.2. Considerando, además, que la mencionada Circular al referirse al grupo empresarial establece que "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.**" (Énfasis añadido)*

1.3. Así mismo, la Circular determina que, de presentarse discrepancia respecto de la conformación de 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".

1.4. Resultan importantes los siguientes apartes de la Circular Básica Jurídica, en los que al referirse al tema de grupo empresarial, se habla de subordinadas en plural y no de una única subordinada:

“...”

2. Petición.

Con fundamento en las consideraciones jurídicas expuestas en el numeral anterior, de manera respetuosa me dirijo al Grupo de Conglomerados de la Superintendencia de Sociedades, con el fin de que me sean resueltos, los siguientes interrogantes.

2.1. ¿Puede con un Grupo Empresarial únicamente entre dos sociedades, siendo una la directa controlante desde el exterior de una filial en Colombia?

2.1.1. Es decir, ¿podría llegar a conformarse Grupo Empresarial entre una sociedad extranjera y una sola sociedad colombiana, en donde la sociedad extranjera sea dueña de más del 50% de las acciones de la sociedad colombiana?

2.1.2. Si ello es así, ¿resultaría inocuo el registro de la situación de control?

2.1.3. ¿En caso afirmativo cuáles son las obligaciones que se activan para las sociedades involucradas y como se debe dar cumplimiento a las mismas?

2.2. ¿Cuáles son los criterios utilizados en la actualidad por esa Superintendencia para determinar la existencia de un Grupo Empresarial y específicamente la unidad de propósito y dirección?

2.3. ¿Podría llegar a conformarse grupo empresarial entre varias sociedades extranjeras y una sola sociedad colombiana, en donde una sociedad extranjera sea dueña de más del 50% de las acciones de la sociedad colombiana?

De ser afirmativa la respuesta al numeral anterior, ¿qué sociedades hacen parte del grupo empresarial y cómo debe hacerse la inscripción de grupo empresarial en el registro mercantil de la subordinada?

¿En caso afirmativo cuales son las obligaciones que se activan para las sociedades involucradas y como se debe dar cumplimiento a las mismas?

“...”

2.4. ¿Podría llegar a conformarse grupo empresarial entre (i) una sociedad extranjera; (u) su sucursal en Colombia; y (iii) una sociedad colombiana, en donde

una sociedad extranjera sea dueña de más del 50% de las acciones de la sociedad colombiana?

De ser afirmativa la respuesta al numeral anterior, (i) ¿qué entidades hacen parte del grupo empresarial?; (ii) ¿Cómo debe hacerse la inscripción de grupo empresarial en el registro mercantil de la subordinada y de la sucursal? y (iii) ¿La presentación del informe especial y estados financieros consolidados será necesaria respecto de qué entidades?

“...”

2.4.1 De ser afirmativa la respuesta al numeral anterior, (i) ¿qué entidades hacen parte del grupo empresarial?; (ii) ¿Cómo debe hacerse la inscripción de grupo empresarial en el registro mercantil de la subordinada y de la sucursal? y (iii) ¿La presentación del informe especial y estados financieros consolidados será necesaria respecto de qué entidades?

2.5. ¿Cómo calcula la Superintendencia las sanciones por el registro extemporáneo de la situación de control o grupo empresarial? ¿Hay atenuantes o agravantes de la sanción?

2.6. Considerando que: (i) la Superintendencia puede imponer sanciones por el registro extemporáneo; y (ii) los interesados en cada caso pueden elevar una petición a la Superintendencia para que ésta determine si se está ante situación de control o grupo empresarial, si una sociedad extranjera inscribió debidamente la correspondiente situación de control con una sociedad en Colombia, pero posteriormente consultó a la Superintendencia de si su vinculación con dicha subsidiaria conformaba grupo empresarial. ¿Impondría sanciones la Superintendencia por registro extemporáneo en dicho caso?”

Evaluadas en contexto las cuestiones planteadas, se aprecia de manera inmediata la ocurrencia de una confusión entre el contenido y alcance del concepto de “situación de control” frente al contenido y alcance del concepto de “Grupo Empresarial”.

Sobre el particular, existen nutridos pronunciamientos de esta Superintendencia, en los cuales se agota con suficiencia la cuestión planteada, los cuales pueden ser consultados a través de nuestra página Web, www.supersociedades.gov.co.

A continuación se hace una relación de los más importantes documentos que se encuentran a disposición de los usuarios, en materia de situación de control y en materia de Grupo Empresarial:

a. GUÍA PRÁCTICA RÉGIMEN DE MATRICES Y SUBORDINADAS, Cartilla que puede ser consultada en el siguiente vínculo:

https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_ivc/CartillasyGuias/Guia_Practica_RegimenMatricesySubordinadas.pdf

b. Conceptos emitidos mediante Oficio por la Oficina Asesora Jurídica, los cuales pueden ser consultados siguiendo la siguiente ruta en la página Web: Doctrina y Jurisprudencia (Segundo vínculo en la parte superior izquierda), Doctrina, Conceptos.

Se citan a continuación algunos de los documentos más relevantes:

- Oficio 220-129271 Del 10 de Noviembre de 2011
- Oficio 220-077262 Del 27 de Junio de 2011
- Oficio 220-004390 del 20 de enero de 2014
- Oficio 220-017816 del 24 de febrero de 2015
- Oficio 220-200449 del 21 de diciembre de 2015
- Oficio 220-059116 del 15 de marzo de 2017
- Oficio 220-146123 del 18 de julio de 2017

c. Circular Básica Jurídica adoptada mediante Circular Externa No. 100-000008 del 25 de octubre de 2016.

Los textos referidos son elocuentes en establecer que la situación de control existe en la medida en que el poder de decisión de una sociedad subordinada o controlada se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, Art. 260 del Código de Comercio, modificado por el Artículo 26 de la Ley 222 de 1995.

Por otra parte, dichos documentos precisan que el presupuesto de existencia del Grupo Empresarial consiste en que además de existir la situación de control o subordinación antes mencionada, se identifique la presencia de una Unidad de Propósito y Dirección entre las entidades vinculadas.

Al efecto se indica que existe tal unidad de propósito y dirección, cuando 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, Artículo 28 de la Ley 222 de 1995.

En tales condiciones, corresponde a cada entidad económica, de acuerdo a las circunstancias particulares que le son propias, en materia de su realidad administrativa, su poder económico, su influencia y capacidad de determinación de las decisiones de otras compañías, la participación en su capital social, las relaciones contractuales o sencillamente la materialidad de la forma como se toman las decisiones, determinar si existe o no situación de control.

De ocurrir la situación de control, debe procederse a revelarla mediante la correspondiente inscripción, a través de documento privado, en el Registro Mercantil.

Pero puede ocurrir que, además de la situación de control, se de la situación de la conformación de un Grupo Empresarial, caso en el cual debe procederse, igualmente, a su revelación mediante la inscripción de la misma, a través de documento privado, en el Registro mercantil.

No puede en consecuencia, confundirse la situación de control con la situación de Grupo Empresarial, categorías que dicen relación con dos situaciones diferenciadas, pues, mientras que la primera dice relación con el poder de decisión, como elemento esencial, la segunda se refiere a la alineación que sufre todo el conglomerado en función de un objetivo común, determinado por la matriz.

Hechas las precisiones correspondientes, se procede a resolver cada una de las cuestiones planteadas, en el mismo orden presentado en el escrito de petición:

1. Entre dos sociedades, una extranjera y su filial colombiana, puede darse la situación de control, en tanto que aquella ejerza el poder de decisión sobre la colombiana; y, adicionalmente, puede configurarse la situación de Grupo Empresarial, si se presenta como elemento adicional, que en el direccionamiento organizacional, exista la unidad de propósito y dirección entre la controlante y la filial, caracterizada por la consecución de un objetivo común.

1.1 La configuración de grupo empresarial podría establecerse entre una sociedad extranjera y una sola sociedad colombiana, en donde la sociedad extranjera sea dueña de más del 50% de las acciones de la sociedad colombiana, siempre y cuando se presente, adicionalmente, unidad de propósito y dirección.

1.2 Si se configura la situación de control, esta debe revelarse mediante la inscripción en el Registro Mercantil; y si además, concurre la incorporación de Grupo Empresarial, esta situación también debe ser revelada a través de la inscripción en el Registro Mercantil, Artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

1.3 Las obligaciones que surgen si se configura la situación de control, como antes fue indicado, consisten en proceder a revelar la misma mediante la inscripción en

el Registro Mercantil; si además se establece la situación de Grupo Empresarial, debe procederse igualmente a la inscripción de la misma en el Registro Mercantil.

De igual manera, debe darse cumplimiento a las obligaciones adicionales, previstas en los artículos 29 y 35 de la Ley 222 de 1995, en materia de informe especial para los casos de grupo empresarial y en materia de preparación y difusión de estados financieros consolidados, en tratándose de las situaciones de control.

2. Los criterios utilizados en la actualidad por esta Superintendencia para determinar la existencia de un Grupo Empresarial y específicamente la unidad de propósito y dirección, no son otros que los criterios señalados en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995.

Sobre este particular, en el Oficio 220-059116 del 15 de marzo de 2017, se dijo:

“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 fabrica zapatos, otra fabrica 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.”

3. Desde luego que podría llegar a conformarse grupo empresarial entre varias sociedades extranjeras y una sola sociedad colombiana, en donde una sociedad extranjera sea dueña de más del 50% de las acciones de la sociedad colombiana y además exista unidad de propósito y dirección.

En tal caso, harían parte del grupo empresarial las sociedades respecto de las cuales se predique la condición de unidad de propósito y dirección.

Cuando exista una sola sociedad colombiana en calidad de subordinada, la situación del grupo empresarial debe inscribirse en el Registro Mercantil, caso en el cual la cámara de comercio correspondiente lo hará constar en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la subordinada, Artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

Las obligaciones de las sociedades involucradas, se deben cumplir, en cuanto corresponde a la legislación colombiana, a través de la subordinada colombiana, en materia de inscripción de la situación de control, inscripción de la situación de grupo empresarial, presentación de informe especial y difusión de estados financieros consolidados.

4. Conforme a la ilustración que se ha proporcionado en los antecedentes esbozados, es posible que se conforme un grupo empresarial entre (i) una sociedad extranjera; (ii) su sucursal en Colombia; y (iii) una sociedad colombiana, en donde la sociedad extranjera sea dueña de más del 50% de las acciones de la sociedad colombiana, siempre y cuando, respecto de todas ellas se configure la condición de unidad de propósito y dirección determinada por la matriz.

En tal caso (i) todas las entidades harían parte del grupo empresarial (ii) La inscripción de grupo empresarial en el registro mercantil, debe hacerse tanto en la subordinada como en la sucursal, toda vez que no se tiene la posibilidad de inscribirlo en el Registro Mercantil de la Matriz; y (iii) La presentación del informe especial y estados financieros consolidados será necesaria en cabeza de la entidad colombiana con mayores activos, según lo señala la Circular Básica Jurídica de esta Superintendencia, Capítulo VII, numeral 8.:

“La consolidación debe realizarse a través de cualquiera de las subordinadas colombianas, ya que el resultado es el mismo. No obstante lo anterior, para efectos prácticos conviene realizar dicha consolidación por medio de la subordinada que tenga el mayor patrimonio.”

5. La Superintendencia de Sociedades se encuentra facultada para imponer sanciones, sucesivas o no, hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, Artículo 86, numeral 3, de la Ley 222 de 1995. Habrá lugar a atenuantes o agravantes de la sanción, de acuerdo a cada caso particular y concreto.

En materia de Conglomerados, será la Delegatura de Inspección Vigilancia y Control, en ejercicio de las actuaciones administrativas a que haya lugar, la llamada a emitir el pronunciamiento que corresponda, previa valoración de la situación particular que se efectúe con base en los elementos de juicio que sean puestos a su consideración, sin que vía consulta sea posible, absolver interrogantes, que como los formulados apunten a definir un caso concreto.

6. Como antes se mencionó, no es posible vía consulta definir la procedencia o no de sanciones por registro extemporáneo, puesto que es competencia de la Delegatura de Inspección, Vigilancia y Control, definir en cada caso concreto,

previo ejercicio del debido proceso y oportunidad para el derecho de defensa, resolver sobre el particular.

En los anteriores términos se ha atendido su inquietud, no sin antes advertir que esta respuesta, tiene los efectos previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.