

Consejo de Estado
Sala de Consulta y Servicio Civil
Presidencia

Bogotá, D.C., 25 SEP 2019

Oficio No. 1589

Doctor
JOSÉ MANUEL RESTREPO ABONDANO
Ministro de Comercio, Industria y Turismo
Ciudad

Referencia: Consulta formulada por el Ministerio de
Comercio, Industria y Turismo
Radicación interna No. 2420



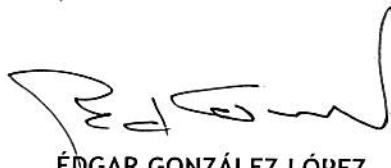
Respetado doctor Restrepo:

Comedidamente me permito remitir copia del concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el expediente de la referencia.

Según el párrafo 1o. del artículo 112 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo “los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil estarán amparados por reserva legal de seis (6) meses” que “podrá ser prorrogada hasta por cuatro (4) años por el Gobierno Nacional”. Cabe recordar que la reserva se levantará automáticamente si dentro del mencionado plazo de seis (6) meses el gobierno no se pronuncia en relación con su prórroga.

Es entendido que el Gobierno Nacional podrá levantar la reserva en cualquier tiempo, caso en el cual ruego a usted informarlo de inmediato a esta Presidencia.

Con sentimientos de consideración,

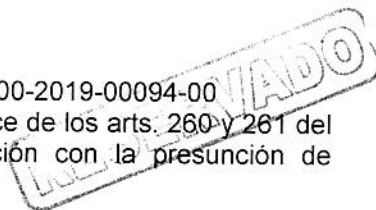

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de 2019

Radicación interna: 2420

Número Único: 11001-03-06-000-2019-00094-00

Referencia: Aplicación y alcance de los arts. 260 y 261 del Código de Comercio en relación con la presunción de subordinación.



El Ministro de Comercio, Industria y Turismo formuló una consulta a la Sala, con el propósito de que se absuelvan algunos interrogantes relacionados con el alcance de las presunciones de subordinación previstas en el artículo 261 del Código de Comercio.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de consulta se hace un recuento de los siguientes hechos y consideraciones:

1. De acuerdo con el artículo 260 del Código de Comercio existe subordinación cuando el poder de decisión de una determinada sociedad se encuentra afectado por la voluntad de otra u otras personas naturales o jurídicas. Esta situación permite que la sociedad subordinada pueda llegar a perder autonomía frente a la toma de sus propias decisiones.

La norma referida 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. De esta manera, la figura no se limita exclusivamente al control económico, financiero o administrativo que un sujeto o varios sujetos puedan tener sobre una sociedad.

2. Por su parte, el artículo 261 del C.Co., denominado “presunciones de subordinación”, establece una lista de hipótesis en las que se presume que una empresa es subordinada.

3. A pesar de que en la exposición de motivos de la ley no se dice nada en relación con el carácter taxativo o enunciativo de las presunciones del art. 261 C.Co., de su lectura se puede deducir que el legislador quiso determinar de manera puntual, los casos en los cuales una sociedad es subordinada y evitar las valoraciones subjetivas realizadas por los operadores legales.

Lo anterior toma sentido si se tiene presente que la misma ley establece obligaciones especiales a los subordinados como ocurre con el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, que establece la obligación para las sociedades controlantes de solicitar la inscripción de la situación de control o de grupo empresarial, dentro de los treinta días siguientes a su configuración.

4. De conformidad con estas consideraciones, el Ministro de Comercio, Industria y Turismo formuló a la Sala las siguientes preguntas:

1. ¿Los casos de subordinación relacionados en el artículo 261 del Código de Comercio son taxativos?

2. En el evento de que la anterior respuesta sea afirmativa, ¿qué consecuencia jurídica trae para la Superintendencia de Sociedades el cambio de posición respecto de la aplicación del artículo 261, en casos de haberse generado sanciones por la no inscripción?

5. El 4 de julio de 2019 se realizó una audiencia con los magistrados de la Sala, y los funcionarios del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de la Superintendencia de Sociedades, la cual fue solicitada por el Magistrado ponente con el fin de indagar sobre las razones fácticas y jurídicas que dieron lugar a la presentación de la consulta.

6. De conformidad con lo solicitado por los magistrados de la Sala en la audiencia del 4 de julio de 2019, mediante memorial del 11 de julio de 2019, suscrito por el Jefe de la Oficina Jurídica Asesora Jurídica, la Superintendencia de Sociedades allegó a la Sala diversos documentos como soporte para absolver la consulta formulada, los cuales se pueden sintetizar así:

- a. Referencias internacionales respecto del concepto de Beneficiario Final.
- b. Copia de diferentes providencias relacionadas con el tema de subordinación empresarial.
- c. Copia de varias resoluciones proferidas por la Superintendencia de Sociedades en funciones administrativas, relativas a la subordinación societaria.

II. Problema jurídico

Del contexto fáctico y normativo expuesto en la consulta del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de las preguntas formuladas a la Sala y de los planteamientos realizados por la Superintendencia de Sociedades en la audiencia solicitada por el magistrado ponente, se extrae que el problema jurídico que se debe resolver en esta oportunidad es si los casos en los que se presume la existencia de una subordinación societaria, contemplados en el artículo 261 del Código de Comercio, son taxativos o meramente enunciativos.

III. Análisis jurídico.

Para resolver el problema jurídico enunciado, la Sala considera necesario analizar los siguientes aspectos: 1. Marco general en el que se inscribe la figura de la subordinación societaria: grupo de empresas y control societario. 2. Definición de la figura de la subordinación societaria en Colombia. 3. Efectos de la subordinación societaria. 4. Análisis sobre el carácter taxativo o enunciativo de las presunciones de subordinación previstas en el art. 261 del Código de Comercio.

IV. CONSIDERACIONES

1. Marco general en el que se inscribe la figura de la subordinación societaria: grupo de empresas y control societario

En términos generales, la subordinación societaria se identifica con la situación en la cual un sujeto de derecho ejerce el control o influencia dominante sobre una sociedad, y la consecuente posibilidad de incidir en sus decisiones.

En virtud de esta figura, las sociedades controladas no son dueñas exclusivas de su voluntad y, por tanto, no son autónomas, pues el poder de sus decisiones se impone por parte del sujeto controlante.

Este fenómeno se inscribe en el marco más amplio de las estructuras **de grupos de empresas** y las **relaciones de control** que sirven para su consolidación.

En efecto, las relaciones de control societario se utilizan con frecuencia para desarrollar procesos de integración o concentración empresarial, tanto verticales¹,

¹ "Las cuales se verifican cuando la concentración ocurre entre empresas que participan en niveles diferentes de una misma cadena de valor de un bien o servicio". *Ibíd.*

como horizontales², así como para la consolidación de conglomerados de sociedades³, a través de los cuales las empresas unen sus esfuerzos con el fin de mejorar el desarrollo de su objeto social y alcanzar una presencia más competitiva en el mercado.

De esta manera, a la par de lo que sucede con las estructuras de grupos de empresas, a las relaciones de control empresarial se les reconoce su contribución al desarrollo de las empresas, a través de la optimización de la productividad, la reducción de costos en la cadena de producción, la posibilidad de alcanzar una posición más sólida y competitiva en el mercado, y la diversificación del riesgo empresarial⁴.

En definitiva, estas estructuras de grupos societarios contribuyen al crecimiento y fortalecimiento del desarrollo económico, pues permiten la generación de economías de escala⁵.

Sin perjuicio de estos beneficios, en la práctica existe un riesgo potencial de abuso

² Es decir, "aquellas operaciones de concentración que involucran participantes en el mismo mercado de producto y nivel de una cadena de valor". Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 5545 del 6 de febrero de 2014. Así, en los procesos de integración vertical las empresas que intervienen pertenecen al mismo eslabón en la cadena productiva y, en consecuencia, están fundamentalmente dirigidas a mejorar su competitividad en el mercado.

³ Los conglomerados de sociedades se presentan con la adquisición de participaciones de control en compañías que se dedican a objetos sociales disímiles, cuyos riesgos y rentabilidades pueden ser diferentes. Cfr. F REYES VILLAMIZAR. *Derecho societario*. Tomo II. Tercera Edición. Temis, Bogotá 2017, pp. 308.

⁴ "Es indudable entonces la importancia de la figura (el autor se refiere a los grupos de empresas), por la cantidad de prerrogativas que entrega a los agentes económicos, principalmente por el estímulo del desarrollo y crecimiento económicos y por la inmensa cantidad de beneficios que proporciona en materia de especialización de la actividad o de fases de la Empresa, de separación de riesgos y de división de mercados, entre otros, fundamentalmente por ser apto para la combinación de múltiples estrategias que se implementan bajo el control o subordinación de una sociedad matriz o sociedad cabeza de grupo. De esta forma, cada una de las compañías que conforman el Grupo de Sociedad". P.A. CÓRDOBA ACOSTA. *Derecho de sociedades, derecho común y responsabilidad de la sociedad holding. Levantamiento del velo corporativo. Responsabilidad contractual y aquiliana*. Revista de Derecho Privado. No 10. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006, pp. 51-101. p. 52.

⁵ Cfr. F REYES VILLAMIZAR. *Derecho societario*. Tomo II. Cit. pp. 308 ss, quien cita a JOSÉ ENGRACIA ANTUNES, en *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurisocietária*. Coimbra, Livraria Almedina, 1993, cuando indica que la estructura de los grupos societarios "ha venido a imponerse rápidamente como la única estructura organizativa capaz de, al mismo tiempo, soportar el inefable proceso evolutivo de crecimiento de la empresa, acomodarse a los imperativos de la diversificación funcional y geográfica impuestos por el nuevo sistema económico global, y garantizar particulares sinergias financieras, patrimoniales y económicas derivadas de la flexibilidad de su organización jurídica y de gestión".

de los grupos empresariales y del control societario que los caracteriza⁶, por su indebida utilización en fraude a la ley⁷ o para evadir responsabilidades legales o convencionales, con la consecuente afectación de terceros, accionistas, del propio Estado, y del tráfico jurídico en general.

Por una parte, existe el peligro de que las relaciones de poder o control empresarial sean utilizadas o tengan origen en la constitución de sociedades, en detrimento de los acreedores de las empresas vinculadas y de sus propios accionistas. Solo a título de ejemplo, existen situaciones donde empresarios crean sociedades en las que disponen de sus pasivos, mientras conservan los activos en otras sociedades, que esconden hábilmente de sus acreedores⁸.

A esto se suma la dificultad a la que se enfrentan los terceros y accionistas (minoritarios), para establecer la verdadera situación económica y el origen de las decisiones que se adoptan en las compañías que se encuentran en una relación de subordinación con otra, con lo que se dificulta a los primeros adoptar sus decisiones empresariales en condiciones de transparencia del mercado.

Se trata de riesgos y dificultades que han sido abordados por el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995, a través de la disciplina del derecho societario, con la regulación de las relaciones de **subordinación societaria** y de los **grupos empresariales**.

De manera adicional, las relaciones de control empresarial, en especial las que se presentan en el marco de la integración horizontal de empresas, pueden acarrear serios peligros para la competencia y conducir a situaciones monopolísticas desfavorables para los consumidores, para las empresas que tienen menor capacidad competitiva en el mercado y, en general, para el tráfico comercial⁹.

⁶ Cfr. A. REYES VILLAMIZAR. *Derecho Societario*, cit. p. 310.

⁷ "El Grupo Empresarial, o mejor de Sociedades, puede tener como origen la constitución de sociedades de capital, principalmente del tipo de las anónimas en fraude a la ley y con el objetivo de proteger intereses de alguien o de varios que no buscan el ejercicio adecuado de la actividad económica y que por ello violan el ordenamiento jurídico (...)". P.A. CÓRDOBA ACOSTA. *Derecho de sociedades...*, p. 53.

⁸ La figura de la subordinación societaria es, muchas veces, asociada a los requerimientos de mover y resguardar capitales, en contra del ideal de utilizarla en el sector productivo, para manejar diferentes empresas asociadas a la realización de un mismo producto. P. J.F. FRANCO y D.F. REY. Contexto. *El control societario en Colombia: la internacionalización de filiales y subordinadas por los grupos empresariales*. Revista de derecho y economía. No 48. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2017, pp. 59-81.

⁹ Justamente, uno de los aspectos más relevantes para determinar si una transacción entre competidores o compañías que participan en una misma cadena de valor (integración horizontal) debe ser reportada a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), en pos de evitar que se

En nuestro ordenamiento, estas problemáticas son tratadas por el derecho de la competencia económica, en el que existe, incluso, una **definición de control** distinta a la prevista en el ámbito del derecho societario (control competitivo)¹⁰.

genere una restricción indebida a la libre competencia, consiste en establecer si la empresa inversionista obtendrá control sobre la compañía adquirida. Cumplida estas, y otras condiciones previstas en la disciplina de la competencia, las empresas intervinientes en el proceso de integración deberán: someter *ex ante* la pretendida operación para el estudio de la SIC, para que dicha entidad establezca si la transacción comportaría una restricción indebida a la libre competencia; o notificar a la citada Superintendencia de su decisión de integrarse, y señalar que las empresas involucradas tienen en conjunto o individualmente consideradas menos del 20% del mercado relevante. Cfr. F. SERRANO PINILLA. *El concepto de "control" en el régimen colombiano de integraciones empresariales y sus implicaciones frente a la adquisición de participaciones minoritarias*. Revista de Derecho Competencia. Centro de Estudio de Derecho de la Competencia (CEDEC). Bogotá, vol. 10 N° 10, 457-497, enero-diciembre 2014. Específicamente p. 460. En efecto, el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, señala:

"ARTICULO 4o. Modificado por el artículo 9, Ley 1340 de 2009. **El nuevo texto es el siguiente:** Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, **adquirir el control** o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:

1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o
2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio".

Resalta la Sala

¹⁰ En el derecho de la competencia la noción de control empresarial se define como "*La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa*" (num. 4 del art. 45 del Decreto 2153 de 1992). Al respecto, ha señalado la Superintendencia de Industria y Comercio lo siguiente:

"(...) este Despacho advierte que la definición de control en el derecho de la competencia es independiente de la definición de control prevista en el derecho de sociedades; tan es así, que el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 contiene su propia definición de control.

En este sentido, el concepto de control en el derecho de la competencia no se equipara con la propiedad de una participación mayoritaria en el capital social de una empresa, ni con tener el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de los órganos de administración de una empresa, ni con ejercer una influencia dominante sobre otra sociedad. El control en el derecho de la competencia se verifica, según la ley colombiana, cuando una empresa tiene la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra empresa, sin importar si dicha influencia coincide con los eventos que el derecho de sociedades considera configuran situaciones de control.

(...). De igual forma, la existencia de control desde el punto de vista del derecho de la competencia

Esta circunstancia se explica, como lo advierte la Superintendencia de Industria y Comercio, por la finalidad y los efectos que una y otra disciplina le asignan a la figura del control societario o de empresas.

En efecto, la citada Superintendencia señala:

(...) la finalidad general del concepto de control en el derecho de sociedades es otorgar transparencia a las relaciones comerciales por medio de la identificación e individualización de la sociedad con la que se está haciendo negocios, con el objetivo de evitar que las sociedades se utilicen como un vehículo para el fraude. (...). Por su parte, el concepto de control en el derecho de la competencia busca determinar aquellas situaciones en las que una empresa puede influenciar o afectar el desempeño competitivo de otra, y así restringir de manera indebida la competencia afectando los consumidores y la eficiencia económica¹¹.

Esto no significa que las situaciones de control o subordinación del derecho societario sean indiferentes para el derecho de la competencia, pues la configuración de una relación de subordinación societaria comportará la existencia de un control "competitivo"¹²⁻¹³. Esto, a pesar de que el control competitivo sea más amplio y pueda verificarse sin que exista necesariamente una subordinación o control societario¹⁴.

Otros de los riesgos con los cuales está vinculada la figura del control societario son: la evasión fiscal, el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, toda

no necesariamente da lugar a situaciones de control bajo el derecho de sociedades. Esto es así porque una empresa puede no tener el control societario de otra en los términos del artículo 261 del Código de Comercio, y sin embargo tener la posibilidad de influenciar su desempeño competitivo en el mercado, en los términos del Decreto 2153 de 1992. (...). Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 30418 del 5 de mayo de 2014. Disponible en línea en: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Decisiones_Superintendente_2014/Anos/2014/RESOLUCION_30418_DE_05_DE_MAYO_DE_2014_CIERRE_PROMIGAS.pdf. Consultado el 10 de agosto de 2019.

¹¹ Ibidem.

¹² El término "control competitivo" es utilizado por F. SERRANO PINILLA. *El concepto de "control" en el régimen colombiano...* cit.

¹³ "Si bien en la Resolución 5545 del 6 de febrero de 2014, la SIC señaló que en la mayoría de los casos la adquisición de control societario daba lugar a control desde el punto de vista del derecho de la competencia, (insinuando así la existencia de casos donde ello podría no ocurrir), en la Resolución 32184 del 19 de mayo de 2014 aclaró tal posición manifestando que siempre que se tenga control desde el punto de vista corporativo (artículos 260 y 261 del Código de Comercio), habrá control competitivo". F. SERRANO PINILLA. *El concepto de "control" en el régimen colombiano...* cita, Nota 21.

¹⁴ Cfr. Superintendencia Financiera. Resoluciones 5545 del 6 de febrero de 2014 y 32184 del 19 de mayo de 2014.

vez que las relaciones de control empresarial pueden estar vinculadas con figuras asociativas utilizadas para estos fines”¹⁵.

Estas problemáticas son tratadas, entre otras, por la disciplina financiera. Así, en el ámbito internacional se ha estructurado una regulación especial sobre el “beneficiario final”, que plantea la exigencia de obtener y tener acceso a información, adecuada, certera y actualizada de los beneficiarios reales de estas personas jurídicas, como instrumento de transparencia para combatir el lavado de activo y el financiamiento del terrorismo¹⁶.

Como lo advierte el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), en el ámbito internacional el concepto de Beneficiario Final está referido al «*individuo o los individuos –o sea, siempre personas físicas o natural (es)- que son quienes verdaderamente controlan o se benefician económicamente de un vehículo jurídico, como una sociedad mercantil, un fideicomiso, una fundación, etc.*»¹⁷.

En efecto, uno de los mayores referentes en la materia (Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional - GAFI), define al beneficiario final como «*(...) la(s) persona(s) natural(es) que finalmente poseen o controlan a un cliente y/o la persona natural en cuyo nombre se realiza una transacción. Incluye también*

¹⁵ Al respecto, anota la doctrina como “(...) la línea entre estrategias legítimas de competitividad, minimización y planificación tributaria, o ingeniería corporativa en general, y las defraudadoras de evasión fiscal, lavado de activos, corrupción y otras actividades ilegales no es fácil de definir. El control societario en Colombia. La internalización de filiales y subordinadas por los grupos empresariales. P. J.F. FRANCO y D.F. REY. *El control societario en Colombia: la internacionalización de filiales y subordinadas por los grupos empresariales*, cit, pp. 59-81.

¹⁶ La necesidad de obtener información adecuada y certera sobre el Beneficiario Final adquirió gran relevancia en la labor de las entidades financieras desde 1977, cuando el Gobierno americano expidió la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPZ). Cfr. ASOBANCARIA. *Mejores prácticas para la identificación del beneficiario final*. P. 31. Como lo señala el mismo documento, el conocimiento del beneficiario final ha sido relevante en la labor de las entidades financieras durante los últimos años en el marco del cumplimiento: i) las 40 recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI); ii) la convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción; iii) la Ley de Cumplimiento Fiscal de Cuentas Extranjeras (FATCA); Y iv) el Estándar para Intercambio Automático de Información Financiera en Materia Tributaria – Estándar Común Reporte (CRS).

Las recomendaciones desarrolladas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) son, actualmente, las referencias más significativas en materia de lavado de activos y financiación del terrorismo. Precisamente, en su documento “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva”, conocido como “Las Recomendaciones GAFI, se plantea la necesidad de que los países cuenten con mecanismos para asegurar el acceso oportuno a la información básica, actualizada y certera sobre el beneficiario final de las sociedades mercantiles (Recomendación 24).

¹⁷ Banco Interamericano de Desarrollo (BID). “Regulación sobre beneficiarios finales en América Latina y el Caribe”. BID, 2017, p. 3.

a las personas que ejercen el control efectivo final sobre una persona jurídica u otra estructura jurídica».

Entre las formas más comunes a través de las cuales surge la figura del beneficiario final, el Grupo de Acción Financiera Internacional –GAFI– identifica las siguientes: la propiedad de un porcentaje importante de las acciones de una sociedad comercial; el control de la sociedad por medio de un porcentaje determinante del derecho a voto o de la posibilidad de nombrar o remover a los miembros del Directorio de la entidad; en virtud de un poder de influencia o veto sobre las decisiones que se toman en una entidad, bien por acuerdos entre accionistas o socios, o por el vínculo familiar o de otro tipo con quienes toman las decisiones, o por poseer obligaciones negociables u otros títulos de deuda de una entidad convertibles en acciones¹⁸.

Sin embargo, como lo advierte el Banco Interamericano de Desarrollo, las referidas hipótesis «(...) muestran que el Beneficiario Final es un proceso complejo que varía según el caso. Las regulaciones en sus países suelen establecer criterios en sus definiciones sobre quienes (sic) deben ser considerados BF»¹⁹.

En el caso del derecho colombiano, la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera) modificada por la Circular Externa 055 de 2016, en la que se establecen las instrucciones para la administración de riesgos de lavado de activos y de la financiación del terrorismo, se define al beneficiario final como:

1.1. Beneficiario final: Es toda persona natural que, sin ser necesariamente Cliente, reúne cualquiera de las siguientes características:

1.2.1. Es propietaria directa o indirectamente de una participación superior al 5% de la persona jurídica que actúa como cliente.

1.2.2. Es aquella persona que pese a no ser propietario de una participación mayoritaria del capital de la persona jurídica que actúa como cliente, ejerce el control de la persona jurídica, de acuerdo con lo establecido en los arts. 26 y 27 de la Ley 222 de 1995.

1.2.3. Es por cuenta de quien se lleva a cabo una transacción. Se entiende que esta persona es aquella sobre quien recaen los efectos económicos de dicha transacción.

¹⁸ Ibídem.

¹⁹ Ibídem.

Salvo disposición en contrario, las entidades deben tener en cuenta las notas interpretativas de las recomendaciones relacionadas con el beneficiario final emitidas por el Grupo de Acción Financiera (GAFI).

Así las cosas, en la disciplina financiera el concepto de control societario hace parte de la definición más amplia de **beneficiario final** y, por lo tanto, contribuye a contrarrestar las prácticas ilegales de evasión fiscal, lavado de activos y financiación del terrorismo.

En este contexto, apenas ilustrativo y no exhaustivo, se considera oportuno precisar que el análisis que se realizará estará circunscrito a las relaciones de control en el ámbito del derecho societario, especialmente a la figura de la subordinación societaria, teniendo en cuenta que es la materia sobre la cual versa la consulta formulada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Lo anterior, sin perjuicio de recurrir a algunas referencias sobre la figura del “control” en otras disciplinas, en cuanto resulten relevantes para resolver el problema jurídico planteado a la Sala.

2. Definición de la figura de la subordinación societaria en Colombia

Como ya se mencionó, desde la perspectiva del derecho societario el tratamiento jurídico del control empresarial se expresa a través de la regulación de dos figuras: la *subordinación societaria* y los *grupos empresariales*, donde la segunda se encuentra en una relación de dependencia de la primera.

Ciertamente, en Colombia, el control societario es un elemento esencial para la configuración de los grupos empresariales, pues de acuerdo con la Ley 222 de 1995 solo cuando existe: i) una subordinación societaria, ii) junto con una dirección unitaria o una unidad de propósito y dirección ejercida por la sociedad cabeza de grupo, generalmente conocida como sociedad *holding*, se configura el grupo empresarial²⁰.

²⁰ “**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”.

En consecuencia, siempre que exista un *grupo empresarial* existirá necesariamente una relación de subordinación entre matrices o controlantes y sus filiales y subsidiarias. Sin embargo, no siempre la existencia de una subordinación empresarial configura un grupo empresarial, pues este requiere, además, la unidad de propósito o dirección²¹.

Ahora bien, en relación puntual con la subordinación societaria, lo primero que se debe señalar es que la figura es aceptada por el legislador colombiano, sin perjuicio de los límites, obligaciones y cargas impuestas a los agentes vinculados²².

En efecto, las relaciones de subordinación fueron reconocidas expresamente por el capítulo IX del Código de Comercio de 1971, denominado *matrices, subordinadas y sucursales*. Lo anterior, con el siguiente tenor:

ARTÍCULO 260. SUBORDINACIÓN. Las sociedades subordinadas pueden ser filiales o subsidiarias. Se considerará filial la sociedad que esté dirigida o controlada económica, financiera o administrativamente por otra, que será la matriz. Será subsidiaria la compañía cuyo control o dirección lo ejerza la matriz por intermedio o con el concurso de una o varias filiales suyas, o de sociedades vinculadas a la matriz o a las filiales de ésta.

ARTÍCULO 261. PRESUNCIONES DE SUBORDINACIÓN. Se considerará subordinada la sociedad que se encuentre, entre otros, en los siguientes casos:

1º. Cuando el cincuenta por ciento o más del capital pertenezca a la matriz, directamente, o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas.

²¹ Como ejemplo de esta circunstancia P.A. CORDOBA señala el evento de "capitalización de acreencias que le permite al acreedor, ahora accionista, tener la mitad más una de las cuotas sociales o acciones en que se divide el capital de su deudor. Si el acreedor es una entidad financiera no se puede afirmar que el deudor forma parte ahora de un grupo empresarial del sector financiero". P.A. CORDOBA. *Derecho de sociedades...* cit. p. 78, nota 108.

²² Como lo ha expresado la Corte Constitucional "(...) las relaciones de subordinación existentes es un dato al que se refiere el legislador. La previa asociación entre compañías es un fenómeno que la ley reconoce y acepta, si bien regula, (...) tal asociación es permitida, en los términos y dentro de las restricciones que la legislación comercial consagra en preceptos aquí no demandados, lo cual no impide que el abuso de las ventajas por ella ofrecidas tenga cabal regulación y control (Sentencia C-510 de 1997).

En otros términos, mediante la norma impugnada no se persigue ni sanciona el libre ejercicio de la asociación, aunque se establezcan reglas atinentes al desarrollo de las relaciones económicas y administrativas entre matrices y subordinadas, y respecto de sus consecuencias frente a terceros.

2º. Cuando las sociedades mencionadas en el ordinal anterior tengan conjunta o separadamente, el derecho de emitir los votos constitutivos del quórum mínimo decisorio en la junta de socios, o en la asamblea, o en la junta directiva, si la hubiere, y

3º. Cuando las sociedades vinculadas entre sí participen en el cincuenta por ciento o más de las utilidades de la compañía, así sea por prerrogativas o pactos especiales.

Se entenderá que hay vinculación de dos o más sociedades cuando existan intereses económicos, financieros o administrativos entre ellas, comunes o recíprocos, así como cualquier actuación de control o dependencia.

Con posterioridad, la Ley 222 de 1995, *“por la cual se modificó el Libro II del Código de Comercio, se expidió un nuevo régimen de procesos concursales y se dictaron otras disposiciones”*, modificó las disposiciones transcritas así:

ARTÍCULO 260. SUBORDINACIÓN. Modificado por el art. 26, Ley 222 de 1995. El nuevo texto es el siguiente: 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.

ARTÍCULO 261. PRESUNCIONES DE SUBORDINACIÓN. Modificado por el art. 27, Ley 222 de 1995. El nuevo texto es el siguiente: Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

PARÁGRAFO 1º. 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.

PARÁGRAFO 2o. 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 párrafo anterior.

Como se observa, las nuevas disposiciones conservaron el esquema concebido por el Código de Comercio de 1971 para reconocer el fenómeno de la subordinación, a saber: un concepto general y abstracto de subordinación y un listado de hipótesis en las que se presume su existencia.

Así las cosas, la nueva normativa estuvo dirigida a ampliar los presupuestos y criterios de la definición general de subordinación y, en forma consonante con esto, las presunciones de subordinación previstas inicialmente por el legislador²³.

i) Concepto general y abstracto de subordinación

En relación con el primero de los aspectos enunciados, el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, que subrogó el 260 C.Co. al ocuparse de los sujetos que pueden ejercer el dominio sobre una sociedad, y en consecuencia ostentar la condición de matriz o controlantes, se refiere a cualquier “persona”, sin distinguir si se trata de personas naturales o jurídicas, societarias o no.

De esta manera se ensanchan los presupuestos normativos de esta figura jurídica, pues para que exista subordinación no se exige que el control de una sociedad sea ejercido por otro ente societario, como ocurría bajo el imperio de la norma subrogada.

²³ Al respecto, cabe destacar que el nuevo art. 261 suprimió la presunción de subordinación contenida en el numeral 3 del texto original que señalaba: « Cuando las sociedades vinculadas entre sí participen en el cincuenta por ciento o más de las utilidades de la compañía, así sea por prerrogativas o pactos especiales». Sin embargo, esta circunstancia no se constituye en una disminución de las hipótesis de subordinación incorporadas inicialmente por el Código de Comercio, pues «En realidad, este presupuesto no entrañaba, en la práctica, subordinación de ninguna naturaleza. En las hipótesis en que la participación mayoritaria en las utilidades de la compañía filial obedecía a la titularidad de una proporción también mayoritaria en las utilidades de sus acciones, cuotas o parte de interés, la subordinación derivaba, no del reparto de utilidades, sino del porcentaje de control en el capital social. Así mismo, en los casos en que la obtención de la mayoría de los beneficios económicos obedecía a un pacto estatutario no relacionado proporcionalmente con el capital aportado, dicha participación en las utilidades no configuraba, en general, poder decisorio». Cfr. A. REYES VILLAMIZAR. *Derecho Societario*, cit, pp. 317-318.

Por otra parte, el referido art. 26 amplió los criterios configurativos de la situación de subordinación, al establecer que esta se presenta siempre que «*el poder de decisión de una sociedad se encuentre sometida a la voluntad de terceras personas, en forma directa o indirecta*».

Se trata de un concepto más amplio que el establecido en la norma subrogada, pues aquella exigía la existencia de un control económico, financiero y administrativo sobre una sociedad, para que se pudiera configurar una situación de control.

Por último, el texto del artículo 26 de la Ley 222 de 1995 conservó la distinción entre dos clases de sociedades subordinadas: las filiales, en relación con las cuales existe un control directo de la matriz, y las subsidiarias, en relación con las cuales el control se realiza con la intermediación de una subsidiaria de la matriz.

ii) Presunciones de subordinación

En forma coherente con las modificaciones introducidas por el art. 26, el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, que modificó el art. 261 del C.Co. redefinió y amplió las hipótesis en las que se presume la existencia de una subordinación empresarial, así:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

En primer lugar, el nuevo listado conserva el más claro y objetivo supuesto de subordinación societaria representada **en el control interno por participación**, el cual se verifica cuando una persona posee la participación mayoritaria en el capital de una sociedad, lo que expresa una relación entre propiedad y control societario.

Como lo destaca la doctrina nacional²⁴, esta presunción responde a uno de los más connotados principios de la sociedad de capital, esto es que a mayor inversión de capital, mayor poder decisorio en los órganos sociales. Precisamente por esta circunstancia, es lógico que el legislador haya presumido que si una persona tiene más del 50% del capital de una sociedad tiene la capacidad para dominar su poder decisorio sobre la subordinada.

²⁴ Cfr. F. REYES. *Derecho societario...* cit. p. 318.

En este sentido, vale la pena observar que el ordinal 1º del art 27 de la Ley 222 de 1995 precisó que el referido control debe estar representado en una participación *mayoritaria* en el capital de la sociedad controlada, y no en una participación de tan solo el 50% por ciento del capital, como lo preveía la norma anterior.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

En segundo lugar, el artículo que se analiza mantuvo la presunción de subordinación relativa al **control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria**, el cual atiende a la idea de que en muchas ocasiones es posible controlar los órganos de dirección sin tener un porcentaje mayoritario de capital²⁵.

En este sentido, la norma vigente reitera la existencia de una subordinación societaria cuando se tienen los votos constitutivos de mayoría mínima decisoria en las asambleas generales o junta de socios de una sociedad, tal como lo preveía la norma subrogada. Sin embargo, en relación con las juntas directivas optó por vincular el control a la posibilidad de tener los votos necesarios para elegir a la mayoría de los miembros de ese organismo.

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

La tercera de las hipótesis de subordinación prevista por el art. 27 de la Ley 222 1995 constituye una novedad en relación con las presunciones de subordinación previstas en la norma subrogada.

²⁵ Un importante instrumento para que se verifique esta modalidad de control interno lo constituyen los contratos para sociales o acuerdos para sociales, acogidas en la legislación colombiana en su modalidad de sindicatos de voto en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995. Así, de forma separada e independiente, o conjuntamente con sus subordinadas, o vía un acuerdo con los demás socios de la compañía en cuestión, puede obtenerse la mayoría en las reuniones de los órganos sociales de las controladas. P.A. CORDOBA. *Derecho de sociedades...* cit. p. 80.

En efecto, el art. 27 ibídem introdujo una hipótesis de subordinación, conocida como **control externo o contractual**²⁶, que se configura en virtud de la *influencia dominante* que una persona o una compañía ejerce sobre las decisiones de los órganos de administración de una sociedad, en razón de un acto o negocio celebrado con esta o con sus socios.

De esta manera, la norma reconoce una posibilidad que se ha hecho cada vez más frecuente e importante en el derecho empresarial²⁷, esto es, que una persona natural o jurídica tenga la posibilidad de controlar las decisiones de una sociedad sin tener en esta participación de capital o poder decisorio sobre sus órganos de dirección.

Conviene destacar que a diferencia de lo que sucede con las presunciones a las que se refieren los ordinales 1º y 2º del art. 27 de la Ley 222 de 1995, las cuales se estructuran a partir de un **control potencial** que podría tener un sujeto sobre una sociedad (debido a la participación mayoritaria en su capital o a la posibilidad de emitir los votos constitutivos de mayoría mínima decisoria de sus órganos de control), la presunción de subordinación contractual descrita en el ordinal 3º ibídem se verifica cuando se ejerce un **control efectivo** (influencia dominante) sobre la sociedad subordinada, en razón de un contrato o negocio.

PARÁGRAFO 1o. *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.*

PARÁGRAFO 2o. *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 párrafo anterior.*

²⁶ La denominación de subordinación contractual es utilizada por la misma Superintendencia de Sociedades Cfr. Superintendencia de Sociedades. Guía Práctica del Régimen de matrices y subordinadas. Se puede consultar en el sitio web https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_ivc/CartillasyGuias/Guia_Practica_RegimenMatricesySubordinadas.pdf. Consultado el 10 de agosto de 2010. Asimismo en doctrina ver, entre otros. P.A. CÓRDOBA. Cit. p. 81; A. REYES. *Derecho societario...* cit. p. 321.

²⁷ Así lo destaca P.A. CÓRDOBA. Cit. p. 81, quien cita para el efecto diversa doctrina italiana. Asimismo. A. REYES. *Derecho societario...* cit. p. 321, especialmente nota 34.

Los párrafos del art. 27 de la Ley 222 de 1995 se refieren explícitamente a la posibilidad de que la subordinación societaria, en todos los casos descritos en los ordinales 1, 2 y 3 del art. 27 ibídem, se pueda presentar cuando el control de la sociedad sea ejercido por personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, sea directa o indirectamente.

Lo anterior, en concordancia con lo previsto en la cláusula general de subordinación del art. 26 ibídem que, como ya se mencionó, prevé que el control societario pueda ser ejercido por cualquier persona, sin distinguir entre natural o jurídica, societaria o no.

Ahora bien, en términos generales, cabe destacar que la redefinición y ampliación de las presunciones de subordinación, incorporadas en el art. 27 de la Ley 222 de 1995, se encuentra en consonancia con la ampliación de la definición general de subordinación prevista en el art. 26 de la Ley 222 de 1995.

De manera adicional, es posible deducir que con la redefinición de las presunciones de subordinación, el legislador atendió a las nuevas realidades de las situaciones de control verificadas de manera frecuente en la práctica comercial.

iii) Sobre el alcance de las presunciones legales y su relación con las presunciones contenidas en el art. 261 del C.Co.

En relación con las presunciones de subordinación analizadas, conviene recordar que, en términos generales, el término “presunción” equivale a suponer como verdadera una cosa, sin que esté probada, sin que nos conste.

El art. 66 del Código Civil, incorporado en el capítulo V del Título Preliminar y que define varias palabras de uso frecuente en las leyes, señala: *Presunciones. Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. (...).*

Como lo advierte la Corte Constitucional, las **presunciones** incorporadas por el legislador al ordenamiento aseguran que materias sobre las que la experiencia y la técnica proyectan cierto grado de certeza, no sean sometidas a la crítica y se acepten de manera más firme²⁸. En efecto, las presunciones son el fruto de un razonamiento por inducción, que como tal deben estar precedidas por una profunda justificación valorativa o fáctica, que es en últimas lo que les concede un grado de certeza y aprobación.

²⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-731 de 2005. M.P. Humberto Sierra Porto.

De manera adicional, ha señalado la Corte que acudir a “presunciones” contribuye a agilizar ciertos procesos pues exime de la actividad probatoria en casos en los que tal actividad es superflua o demasiado difícil. De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a las autoridades administrativas o judiciales encargadas de declararlas y a los sujetos a favor de quienes operan²⁹.

En efecto, una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoya la presunción, ya no es preciso probar lo presumido por la ley; basta con caer en el supuesto del hecho indicador establecido por la norma para que opere la presunción y, con ella, todas las consecuencias jurídicas atribuidas por el ordenamiento.

En el ámbito jurídico, las presunciones se dividen en judiciales o legales. En las primeras, el proceso de inducción que lleva a la presunción es realizada por el juez en el caso concreto³⁰. En las presunciones legales, por su parte, es el legislador quien realiza el proceso de inducción de los hechos que dan lugar a la presunción, toma los resultados y los generaliza en la norma³¹.

Justamente, fue ese el proceso de inducción y abstracción que debió realizar el legislador de 1995, al momento de redefinir y tipificar las hipótesis de subordinación societaria, con fundamento en los presupuestos fácticos y jurídicos verificados en la práctica comercial.

Ahora bien, es importante destacar que las presunciones legales se dividen en presunciones *iuris tantum* o presunciones de hecho, que pueden ser desvirtuadas por el sujeto en contra de quien se alega, y presunciones *iuris et de iure* o presunciones de derecho, que no admiten prueba en contrario³².

Si bien en el caso de las presunciones de hecho, lo que se deduce (presunción) a partir del hecho indicador de previsto en la norma no necesita ser demostrado, se puede, sin embargo, desvirtuar por la persona en contra de la quien se alega. En otras palabras, se admite la actividad orientada a destruir lo inducido por el

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ J. PARRA QUIJANO. *Reflexiones sobre las presunciones*. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Vol. 8. No 8. 1989. P. 20.

³¹ En relación con la segunda, el artículo 66 del Código Civil precisa que “si los antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal”.

³² Al respecto, el artículo 166 del Código General del Proceso establece: “las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”.

legislador, aunque sean reales los hechos sobre los cuales se soporta. Por el contrario, cuando se trata de presunciones de derecho, una vez probado el hecho indicador de la norma, lo presumido por el legislador se convierte en irrefutable³³.

En este contexto, es importante destacar la manera como está redactada la primera parte del art. 261 del C.Co. subrogado por el art. 27 de la Ley 222 de 1995: «**Será subordinada** una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos». (Resalta la Sala)

Al respecto, se debe indicar que el carácter imperativo con el que está redactada la norma parece estar relacionado con el tipo de presunciones en esta contenida, más que sobre su carácter taxativo o enunciativo. En efecto, la redacción imperativa de la norma permitiría inferir que el legislador se refirió a una presunción de derecho.

Sin embargo, no se puede perder de vista que de acuerdo con el art. 66 del C.C., la regla general es la existencia de una presunción *iuris tantum*, pues la presunción de derecho solo opera cuando el legislador señala **expresamente** que no es posible desvirtuar la presunción:

(...) Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, **a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.**

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Resalta la Sala

Por lo demás, la opinión generalizada en la doctrina nacional es que las presunciones de subordinación del art. 261 del C.Co. son presunciones de hecho³⁴, de tal manera que siempre será posible desvirtuarlas, demostrando que no existe un sometimiento real del poder de decisión de la sociedad presunta subordinada, a la voluntad de la persona natural o jurídica que presuntamente actúa como matriz o controlante.

³³ No sobra reiterar que en ambos (presunción de hecho o de derecho) el hecho base o hecho indicador de la presunción debe estar plenamente probado.

³⁴ Cfr. entre otros autores, P.A. CÓRDOBA ACOSTA. *Derecho de sociedades, derecho común y responsabilidad de la sociedad holding*. Cit. p. 80; F. REYES. *Derecho societario* cit. p. 316.

Pero lo que interesa destacar para los efectos de la presente consulta es que el carácter imperativo con el que está redactada la norma no determina la naturaleza taxativa o enunciativa de las hipótesis en ella previstas.

3. Efectos de la subordinación societaria

La Ley 222 de 1995 no solo rediseñó el concepto general de subordinación y las hipótesis en las que esta se presume, sino que instauró un régimen más estricto de las consecuencias derivadas de las situaciones de control, representadas en nuevas cargas, obligaciones y responsabilidad atribuidas a las matrices o controlantes.

En este sentido, conviene recordar que las modificaciones introducidas al régimen comercial colombiano por la Ley 222 de 1995 estuvieron dirigidas, entre otros objetivos, a modernizar y armonizar el Régimen General de Sociedades al modelo económico instaurado por la Constitución 1991, caracterizado por los principios de libertad de empresa e iniciativa privada y libre competencia en el mercado.

Precisamente, con base en este modelo económico, la exposición de motivos del proyecto de Ley 119 de 1993, Cámara de Representantes, que culminó con la expedición de la Ley 222 de 1995, advirtió la exigencia de que las empresas *“cuenten con una forma de organización jurídica que les permita funcionar con la agilidad propia del comercio, razón por la cual la legislación societaria debe establecer una gama amplia de posibilidades a las cuales las sociedades puedan acogerse de acuerdo con las necesidades que se requieren para su mejor desenvolvimiento, con lo cual sin duda se contribuye al fortalecimiento del desarrollo empresarial, como lo impone el citado artículo 333 de la Constitución política”*³⁵.

En este orden de ideas, se planteó la necesidad de introducir un marco jurídico del derecho societario basado en el principio de autonomía de la voluntad, pero que al mismo tiempo incorporara una serie de mecanismos para garantizar una información clara y fidedigna de la situación de las sociedades, como instrumento de transparencia para que los particulares pudieran conocer la situación en la que contratan³⁶.

En forma coherente con estas motivaciones, la Ley 222 de 1995 redefinió y amplió

³⁵ Exposición de motivos del proyecto de Ley 119 de 1993, de la Cámara de Representantes, por el cual se modifica el Código de Comercio y se expide el régimen general de las sociedades y procesos concursales”. Gaceta del Congreso No 381, publicada el 4 de noviembre de 1993. P. 45.

³⁶ Op. Cit. P. 46.

los efectos de la subordinación societaria, imponiendo diversos límites, cargas, obligaciones y responsabilidades a las personas que ostentan la condición de matrices o controlantes de una sociedad, algunas de ellas dirigidas a brindar información oportuna a los agentes del mercado sobre la existencia de relaciones de control societario y sobre las operaciones que de estas se derivan.

Lo anterior, con el fin de impedir que las relaciones incontroladas de interdependencia o de control de compañías generen distorsiones en perjuicio del tráfico jurídico en general y, en especial, de los sujetos que se encuentran en especiales situaciones de debilidad frente a este tipo de relaciones, como lo son los acreedores y los accionistas minoritarios de las sociedades subordinadas.

De los referidos límites, obligaciones y responsabilidades se destacan los siguientes:

i) La obligación de inscripción de la situación de control en el registro mercantil

El art. 30 de la Ley 222 de 1995 establece la obligación de la entidad controlante de registrar la situación de control sobre sus subordinadas, dentro de los 30 días siguientes a la configuración de la situación de control. En su defecto, atribuye a la Superintendencia de Sociedades o a la Superintendencia Financiera (antes Superintendencias Bancaria y de Valores) la facultad de declarar la situación de control y ordenar su respectiva inscripción en el Registro Mercantil, sin perjuicio de las multas que pueden imponer a la matriz o controlante por el incumplimiento de la obligación de realizar el registro³⁷.

³⁷ **ARTICULO 30. OBLIGATORIEDAD DE INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL.** Cuando de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se configure una situación de control, la sociedad controlante lo hará constar en documento privado que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control. Dicho documento deberá presentarse para su inscripción en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control.

Si vencido el plazo a que se refiere el inciso anterior, no se hubiere efectuado la inscripción a que alude este artículo, la Superintendencia de Sociedades, o en su caso la de Valores o Bancaria, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, declarará la situación de vinculación y ordenará la inscripción en el Registro Mercantil, sin perjuicio de la imposición de las multas a que haya lugar por dicha omisión.

En los casos en que se den los supuestos para que exista grupo empresarial se aplicará la presente disposición. No obstante, cumplido el requisito de inscripción del grupo empresarial en el registro mercantil, no será necesaria la inscripción de la situación de control entre las sociedades que lo conforman.

Como se puede advertir, esta obligación está dirigida a dar publicidad a las relaciones de control en el tráfico comercial y, como consecuencia de esto, brindar seguridad jurídica a los terceros y a los propios accionistas de las empresas vinculadas, sobre los lazos de poder subyacente entre las sociedades que operan en el mercado.

En este sentido, y con el fin de hacer más efectiva la publicidad, el art. 30 establece que las cámaras de comercio están obligadas a hacer constar en los certificados de existencia y representación de las sociedades, su calidad de matriz o subordinada.

ii) La obligación de preparar y presentar estados financieros consolidados

De acuerdo con el art. 35 de la Ley 222 de 1995³⁸, la matriz o controlante debe presentar los estados financieros consolidados, en los que se refleje 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 subordinadas o controladas, como si fuesen los de un solo ente.

Esta obligación se encuentra en línea con la necesidad de que los terceros y accionistas conozcan la situación económica de las sociedades que se encuentran vinculadas por relaciones de control-subordinación, con miras a determinar los efectos que las operaciones de la matriz o controlante tienen sobre las subordinadas.

PARAGRAFO 1o. Las Cámaras de Comercio estarán obligadas a hacer constar en el certificado de existencia y representación legal la calidad de matriz o subordinada que tenga la sociedad así como su vinculación a un grupo empresarial, de acuerdo con los criterios previstos en la presente ley.

PARAGRAFO 2o. Toda modificación de la situación de control o del grupo, se inscribirá en el Registro Mercantil. Cuando dicho requisito se omita, la entidad estatal que ejerza la inspección, vigilancia o control de cualquiera de las vinculadas podrá en los términos señalados en este artículo, ordenar la inscripción correspondiente.

³⁸ **ARTICULO 35. ESTADOS FINANCIEROS CONSOLIDADOS.** La matriz controlante, además de preparar y presentar estados financieros de propósito general individuales, deben (sic) 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.

Los estados financieros de propósito general consolidados deben ser sometidos a consideración de quien sea competente, para su aprobación o improbación.

Las inversiones en subordinadas deben contabilizarse en los libros de la matriz o controlante por el método de participación patrimonial.

iii) Sujeción a las facultades de comprobación administrativa de la realidad de las operaciones celebradas entre la controlante y las sociedades subordinas³⁹.

Como lo advierte la doctrina⁴⁰, uno de los mayores riesgos que existen para los accionistas o socios minoritarios de las sociedades subordinadas, así como para sus acreedores, es que la matriz o controlante utilice a la subordinada para realizar transacciones que favorezcan sus intereses, a costa del sacrificio de las utilidades de la controlada, o que realicen actos simulados que permitan la transferencia del patrimonio de la filial a su matriz.

Como consecuencia lógica de esta circunstancia, el texto original del art. 265 del Código de Comercio facultó al Gobierno, a través de las respectivas superintendencias, para verificar la realidad de las operaciones celebradas por la matriz o controlante con sus subordinadas⁴¹. Sin embargo, esta norma no preveía la posibilidad de controlar actos no simulados pero lesivos del interés de la sociedad subordinada o del Estado, ni preveía sanciones o efectos específicos frente a la constatación estos actos.

Estas circunstancias fueron superadas por el art. 31 de la Ley 222 de 1995, que subrogó el citado art. 265 del C.Co. en el que se especificó que el control sobre las transacciones realizadas entre la controlante y sus subordinadas podía realizarse sobre las operaciones irreales, pero, además, sobre aquellas que se celebran en condiciones considerablemente diferentes a las normales del mercado⁴², en perjuicio del Estado, de los socios o de terceros.

³⁹ **ARTICULO 31 de la Ley 222 DE 1995. COMPROBACION DE OPERACIONES DE SOCIEDADES SUBORDINADAS.** El artículo 265 del Código de Comercio quedará así:

ARTICULO 265. Los respectivos organismos de inspección, vigilancia o control, podrán comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados. En caso de verificar la irrealidad de tales operaciones o su celebración en condiciones considerablemente diferentes a las normales del mercado, en perjuicio del Estado, de los socios o de terceros, impondrán multas y si lo considera necesario, ordenarán la suspensión de tales operaciones. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones de socios y terceros a que haya lugar para la obtención de las indemnizaciones correspondientes.

⁴⁰ F. REYES. *Derecho societario*, cit. P. 335.

⁴¹ **ARTICULO 265 C.Co.:** El Gobierno podrá comprobar, por medio de los respectivos organismos de control, la realidad de las transacciones sobre bienes que se negocien a cualquier título entre una sociedad y sus subordinadas, filiales o subsidiaria.

⁴² En tal virtud, un análisis sobre el precio y demás condiciones de los respectivos negocios podría ser suficiente para recurrir a la intervención de las entidades de control y vigilancia. F. REYES. *Derecho societario*, cit. P. 335.

Asimismo, la nueva disposición facultó a los respectivos organismos de inspección, vigilancia y control a imponer multas por estas causas y, de considerarlo necesario, ordenar la suspensión de tales operaciones. Esto, sin perjuicio de las acciones de socios y terceros a que haya lugar para la obtención de las indemnizaciones correspondientes.

De esta manera, el legislador reforzó una tendencia proteccionista de los sujetos que se encuentran en especiales condiciones de debilidad frente a las relaciones de control o subordinación empresarial, y del Estado como garante del interés general en el desarrollo de actividad comercial del país.

iv) La prohibición de imbricación.

El fenómeno jurídico económico denominado imbricación es identificado en el derecho societario como la existencia de participaciones recíprocas de capital entre matrices y subordinadas. Esta se materializa, de acuerdo con el derecho colombiano⁴³, en las operaciones en las cuales la sociedad subordinada adquiere partes de interés, cuotas o acciones en la controlante o matriz.

Al referirse a este fenómeno, Francisco Reyes Villamizar señala que se trata de una maniobra *«que genera el desvanecimiento de una parte del capital de la sociedad matriz, cuyo efecto principal consiste, en la práctica, en la duplicación parcial y ficticia de los aportes de los asociados»*.

De esta manera, la imbricación comporta efectos adversos para el tráfico comercial. En concreto, la confusión o engaño a los terceros y a los acreedores sobre el valor real del patrimonio de cada una de las sociedades que hacen parte de la relación de subordinación y, por lo tanto, sobre la verdadera cuantía de la prenda general con la cual cada una de las sociedades respalda sus obligaciones⁴⁴.

⁴³ **ARTÍCULO 262. <PROHIBICIÓN A LA SOCIEDAD SUBORDINADA>**. <Artículo subrogado por el artículo 32 de la Ley 222 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

⁴⁴ F. REYES. *Derecho societario*, cit. pp. 332-334. Señala también el autor que otras consecuencias que se atribuyen a la imbricación es la restitución de aportes entre los accionistas sin dar cumplimiento a las reglas de disminución de capital, como lo es obtener autorización previa por parte de la Superintendencia de Sociedades, cuando haya lugar, y que el control de las sociedades pase de estar en cabeza de los accionistas a estar en cabeza de los administradores, puesto que estos representarían las acciones de la matriz y de la subordinada en las reuniones y decisiones de cada máximo órgano social.

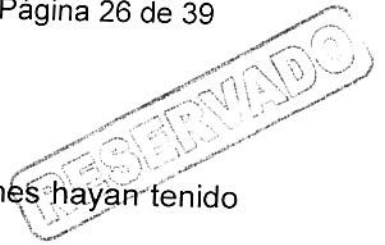
La prohibición de las operaciones de imbricación fue incorporada por el art. 262 del C.Co., y reiterada por el art. 32 de la Ley 222 de 1995, que subrogó el citado art. 262, la cual precisó que **la consecuencia jurídica** de los negocios celebrados con desconocimiento de esta prohibición **es la ineficacia**.

v) La responsabilidad subsidiaria de la controlante en relación con las obligaciones de las sociedades controladas.

Una de las ventajas que traen consigo las relaciones de subordinación empresarial, en especial aquellas que conllevan a la conformación de un grupo empresarial, es la posibilidad de que cada unidad del grupo represente a un sujeto de derecho diferente, con sus propias obligaciones y responsabilidades, de tal manera que cada una de ellas responde por estas de manera independiente, con su patrimonio. En estrecha relación con lo anterior, se tiene, además, que a pesar de las relaciones de control, las matrices o subordinadas conservan la limitación de la responsabilidad frente a las obligaciones de la subordinada.

Esto obedece a que de conformidad con los principios de *personalidad jurídica*⁴⁵ y de *responsabilidad limitada*, que rigen en el derecho de sociedades, la matriz, controlante o cabeza de grupo no deben entenderse con los acreedores de sus

⁴⁵ De acuerdo con el principio de personalidad jurídica que rige el derecho de sociedades, cuando se constituye una sociedad, esta se convierte en una persona jurídica distinta a los socios individualmente considerados. Por lo tanto, entre otras consecuencias, el patrimonio de la sociedad se separa del patrimonio de los socios, y los derechos y las obligaciones que de esta se diferencian de los que se radican en sus socios. En consecuencia, una es la prenda general a favor de los acreedores de los socios y accionistas, y otra es la prenda general a favor de los acreedores de la sociedad. Sobre el particular, menciona la Corte Suprema lo siguientes: "*Como emanación de la autonomía contractual, de la libertad de empresa, de la libre iniciativa previa y del derecho de asociación, reconoce la ley la posibilidad de que una o más personas puedan obligarse entre sí a aportar bienes apreciables en dinero para desarrollar una actividad económica lícita con la finalidad de repartirse las utilidades. El derecho reconoce a esta empresa personalidad jurídica esto es, aptitud de ser sujeto de derechos, pero una vez constituidas legalmente, y de ahí la célebre frase del artículo 98 de Código de Comercio: "forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados". Por tanto, este nuevo centro de imputación de derechos y deberes" (Kelsen) ostenta un patrimonio separado del de los constituyentes, puede adquirir bienes y derechos y contener obligaciones, prenda común de los acreedores, quienes podrán perseguir los raíces o muebles, presentes o futuros de esa sociedad, según las previsiones del artículo 2488 del Código Civil.*" Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de julio de 2018. Exp. 05001310301320010011501. Por su parte, la limitación de la responsabilidad, implica, fundamentalmente, que los socios y los administradores no son perseguidos, salvo estipulación en contrario en casos concretos, por las obligaciones de la sociedad. Cfr. P.A. Córdoba. Derecho societario..., cit., pp 69 y ss., quien analiza las diferencias existentes entre los citados principios del derecho societario, pese a la estrecha relación que existe entre ellos. Además, el autor realiza un detallado análisis de las consecuencias y matices que estas figuran adquieren en el ámbito de los Grupos Empresariales.



subordinadas, incluso en aquellos casos en los que las obligaciones hayan tenido como origen o causa su propio beneficio.

En contrapartida, esta circunstancia podría comportar la desmejora de la posición de los acreedores de la sociedad subordinada e, incluso, de la misma sociedad deudora (especialmente de sus accionistas minoritarios), cuando estos intereses son sacrificados por los de la matriz o controlantes⁴⁶.

Como respuesta a esta circunstancia, uno de los efectos más drásticos y relevantes introducido por el régimen de matrices y subordinadas de Ley 222 de 1995, en protección de los acreedores de las empresas que están subordinadas a otras o que hacen parte de grupos de empresas, es la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante frente a las obligaciones de sus subordinadas.

De conformidad con el parágrafo 148 de la referida ley, hoy derogado, la sociedad matriz debía responder por las obligaciones de la subordinada, siempre que esta entrara a concurso o liquidación obligatoria por causa o con ocasión de las actuaciones realizadas por la sociedad matriz o controlante, en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato⁴⁷.

⁴⁶ P.A. CORDOBA. *Derecho de Sociedades* (...) cit, p. 85.

⁴⁷ En consecuencia, se entiende que la subordinación societaria tiene envuelta una modalidad de levantamiento del velo corporativo. J.F. FRANCO MONGUA y D. REY GUERRERO. *El control societario en Colombia: la internacionalización de filiales y subordinas*. Revista de Derecho y Economía. No 48, 2017. pp 59-81. Especialmente p. 66.

"PAR. -Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente". Esta norma fue derogada por la Ley 1116 de 2006, que en su lugar incorporó la siguiente:

ARTÍCULO 61 de la Ley 1116 de 2006. DE LOS CONTROLANTES. Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente.

El Juez de Concurso conocerá, a solicitud de parte, de la presente acción, la cual se tramitará mediante procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años. Artículo 148 de la ley 222 de 1995: (...)

De manera adicional, la norma presume que la situación concursal de la sociedad subordinada se produce por causa o con ocasión de las actuaciones realizadas por la sociedad matriz o controlante, sin perjuicio de que esta presunción pueda ser desvirtuada.

Conviene destacar que esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-510 de 1997, en la que expresó lo siguiente:

"(...) mediante la norma impugnada no se persigue ni sanciona el libre ejercicio de la asociación, aunque se establezcan reglas atinentes al desarrollo de las relaciones económicas y administrativas entre matrices y subordinadas, y respecto de sus consecuencias frente a terceros.
(...)

Finalmente, carece de todo sentido endilgar a la disposición examinada un vicio de inconstitucionalidad respecto del artículo 333 de la Carta Política, por obstruir, como dice el actor, la libertad de empresa, la iniciativa privada y la libre competencia. Como lo ha repetido la jurisprudencia, tales derechos no tienen ahora -como no tuvieron desde la Reforma Constitucional de 1936- un carácter absoluto, ni su contenido esencial se confunde con el reclamo de la propia arbitrariedad para neutralizar la intervención del Estado en la economía, o para impedir la efectividad de los fundamentos constitucionales del Estado Social de Derecho.

Es suficiente recordar que, si bien la libre competencia económica es un derecho de todos, el artículo 333 declara sin ambages que "supone responsabilidades". Y es justamente una responsabilidad lo que se deriva del párrafo demandado".

Ahora bien, aunque el párrafo 148 de la Ley 222 de 1995 fue derogado por la Ley 1116 de 2006, esta última introdujo un nuevo precepto (art. 61) que contiene, en términos generales, la misma responsabilidad de la matriz o controlante frente a las obligaciones de la subordinada, junto con la presunción relativa a los hechos que la generan.

"PAR. -Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente".

A diagonal stamp with the word "RESERVADO" in capital letters, tilted at approximately 45 degrees.

- **Efectos de los grupos empresariales**

Para finalizar el análisis sobre los principales efectos que la ley atribuye a las relaciones de subordinación societaria es importante hacer alusión, de manera adicional, a los principales efectos que se atribuyen a la figura del grupo empresarial, la cual es complementaria de las situaciones de subordinación societaria.

Como ya se anotó en este concepto, las relaciones de control empresarial se encuentran en la base de los grupos empresariales, pues de acuerdo con lo previsto en la Ley 222 de 1995, cuando se presenta la *subordinación societaria*, junto con una dirección unitaria o unidad de propósito y dirección ejercida por la sociedad cabeza de grupo, generalmente conocida como sociedad *holding*, se configura el *grupo empresarial* (artículo 28).

En consecuencia, siempre que exista un *grupo empresarial* existirá necesariamente una relación de subordinación entre matrices o controlantes y sus filiales y subsidiarias⁴⁸, a las que se aplican los efectos arriba analizados, además de otras implicaciones especiales previstas para los grupos empresariales en la Ley 222 de 1995.

Estas últimas están dirigidas, especialmente, a suministrar a los asociados o inversionistas de las empresas que hacen parte del grupo empresarial información real y específica sobre el origen y finalidad de las determinaciones adoptadas por los órganos de dirección y administración de las sociedades vinculadas.

Sobre el particular, se destaca la siguiente:

vi) Presentar un informe especial a la asamblea de socios o junta de socios

De acuerdo con el art. 29 de la Ley 222 de 1995, este informe debe ser presentado por los administradores de las sociedades controlada (s) y controlante (s), y deberá expresar la intensidad de las relaciones económicas existentes entre la controlante o sus filiales o subsidiarias, con la respectiva sociedad controlada. En concreto, este informe debe dar cuenta 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.

⁴⁸ Sin embargo, no siempre la existencia de una subordinación empresarial configura un grupo empresarial, pues este requiere además la unidad de propósito o dirección.

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 controlante, así como las decisiones de mayor importancia que la sociedad controlante, haya tomado o dejado de tomar en interés de la sociedad controlada (...).

Como se observa, el *informe especial* constituye un instrumento de transparencia de cara a los socios y acreedores de las sociedades controladas, en relación con las operaciones económicas que estas realizan con su matriz y controlada. En tal virtud, los inversionistas ganan seguridad jurídica respecto de los efectos que la subordinación produce en los resultados económicos de las entidades controladas, con miras a la protección de sus derechos.

En efecto, el contenido del informe especial permitiría a los asociados o terceros afectados solicitar a los órganos de vigilancia y control la comprobación de la realidad y normalidad de las transacciones realizadas entre controlantes y subordinadas y las eventuales operaciones de imbricación.

No sobra destacar la facultad atribuida a la Superintendencia de Sociedades o, en su caso, a la Superintendencia Financiera, para verificar en cualquier tiempo, a solicitud del interesado, la veracidad del contenido del informe especial y, si es del caso, adoptar las medidas que fueren pertinentes.

4. Análisis sobre el carácter taxativo o enunciativo de las presunciones de subordinación previstas en el art. 261 del Código de Comercio

Como ya se analizó, el Código de Comercio introdujo una definición compleja de la subordinación societaria, que por una parte contiene una cláusula general que introduce los presupuestos y criterios generales bajo los cuales se configura la figura y, por otra, un listado de hipótesis en las que se presume su existencia (art. 261, modificado por el art. 27 de la Ley 222 de 1995).

Sobre el carácter taxativo o enunciativo de las referidas presunciones nada se dice en los antecedentes legislativos del Código de Comercio, ni de la Ley 222 de 1995.

Por su parte, una lectura conjunta de los arts. 260 y 261 C.Co. admitiría dos interpretaciones:

i) Que el legislador introdujo una definición mixta y complementaria de la subordinación societaria, que comprende una definición amplia y abstracta de la figura (art. 260 C.Co.), en términos de sometimiento (directo o indirecto) del poder de decisión de una sociedad a la voluntad de otra u otras personas denominadas matrices o controlantes. Y de manera adicional, una lista de casos no taxativos en los que se presume la existencia de los criterios de subordinación previstos en la primera norma (art. 261 C.Co.).

En consecuencia, las hipótesis de subordinación enunciadas en el art. 261 ibídem solo constituyen una parte de las relaciones de control que están comprendidas dentro de la definición general del art. 260, de suerte que las referidas presunciones no son óbice para que ante cualquier otra situación en la que se configuren los elementos de la norma general, se produzca de igual manera el fenómeno de la subordinación societaria, con los efectos propios que ello supone.

ii) Que el art. 261 del C.Co. enuncia de manera taxativa las hipótesis de subordinación societaria previstas por el legislador, de tal manera que la definición general de subordinación contemplada en el art. 260 ibídem solo está dirigida a servir de criterio de interpretación y aplicación de los casos señalados en el art. 261 ibídem.

Resalta la Sala que una interpretación sistemática y finalista de los arts. 260 y 261 C.Co. y sobre todo que propenda por el efecto útil de las normas, impone acoger la primera de las interpretaciones referidas, por las siguientes razones:

a) **Desde el punto de vista finalista**, se debe tener en cuenta que el régimen de la subordinación societaria tiene como propósito brindarle al público en general, en especial a los acreedores y accionistas (especialmente minoritarios), información abierta y certera sobre las relaciones de control que existen entre las sociedades que operan en el mercado y las operaciones que las subordinadas realizan con sus matrices o controlantes.

El marco regulatorio de la *subordinación* societaria se instituye entonces como un instrumento de transparencia y de previsión de eventuales abusos o fraudes que generan las estructuras de control de las sociedades que operan en el mercado, pues aunque el ordenamiento reconoce y acepta las relaciones de subordinación societaria como esquemas que permiten afianzar la eficiencia y competitividad de las empresas, no desconoce los riesgos que estos generan.

Por eso estableció especiales efectos (obligaciones, límites y responsabilidades)⁴⁹, que buscan generar garantías suficientes de transparencia y seguridad jurídica para terceros, accionistas y para el propio Estado, sobre la existencia de las relaciones de subordinación en el tráfico comercial y las operaciones que se celebran con ocasión de estas.

De manera adicional, para garantizar los referidos efectos, la ley atribuyó a las superintendencias referidas⁵⁰ la facultad de verificar, de oficio o a petición del interesado, la existencia de las relaciones de subordinación y ordenar su inscripción en el registro mercantil.

Bajo estos presupuestos, analizados ampliamente en la primera parte de este concepto, resulta natural y lógico que la regulación de la subordinación societaria incorpore una definición lo suficientemente amplia, que le otorgue a las autoridades administrativas y judiciales **un margen de apreciación** sobre las hipótesis realistas de poder societario que se presentan en el tráfico comercial, a efectos de determinar, en cada caso concreto, la existencia de una relación de subordinación, siempre con respeto de los límites legales establecidos por la cláusula general del art. 260 del C.Co.

Lo mismo sucede, por ejemplo, con la definición de control empresarial introducida en la disciplina del derecho a la competencia, en la que se establece que el control es *“La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa”*⁵¹.

De conformidad con esta cláusula general, la Superintendencia de Industria y Comercial *«reconoce que el elemento esencial de la definición de control es que una empresa tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra»* y, con base en esta, ***«la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de una empresa debe analizarse caso por caso, y debe estar enfocada en determinar la relación real entre la empresa controlante y la controlada,***

⁴⁹ En especial la obligación de inscripción de la situación de subordinación en el registro mercantil, la consolidación de estados financieros, la sujeción de las vinculadas a la comprobación de sus operaciones por parte de los órganos de control y a su eventual suspensión, la prohibición de imbricación y la responsabilidad subsidiaria.

⁵⁰ Específicamente, a la Superintendencia de Sociedades y a la Superintendencia Financiera (antes Superintendencia de Valores).

⁵¹ Numeral 4 del art. 45 del Decreto 2153 de 1992.

independientemente del vínculo jurídico-económico que exista entre ellas»
(Resalta la Sala)⁵².

Como se puede observar, con la introducción de **cláusulas generales** que definen de manera amplia y abstracta las relaciones de control, tanto en el derecho societario como en el derecho a la libre competencia económica, el legislador logra subsumir hechos tan variados y numerosos, como intereses, necesidades e ingenio de los agentes económicos existan en el mercado. En consecuencia, consigue combatir aquellas prácticas soterradas de control, que busquen eludir los especiales límites, cargas y obligaciones impuestas por el legislador a las empresas vinculadas, en protección de sujetos que merecen especial tutela del Estado, y del tráfico jurídico en general.

Ahora bien, esto no significa que la verificación de la subordinación societaria esté sujeta a la subjetividad de las autoridades administrativas y judiciales, pues a pesar de su generalidad y abstracción, la definición comprende elementos objetivos que deben guiar la labor de las referidas autoridades al momento de declarar la existencia de una subordinación societaria. En efecto, es el sometimiento directo o indirecto del poder de decisión de una sociedad a la voluntad de otras personas, el elemento objetivo que determina la existencia de la subordinación societaria.

b) Desde el punto de vista de una interpretación finalista, pero además sistemática, de las normas, se debe observar también que la técnica legislativa de incorporar una cláusula general que define de manera general y abstracta un supuesto de hecho relevante para el legislador, y de manera adicional una lista de casos en los que se presume su existencia, está dirigida a:

- regular de manera amplia supuestos de hecho que pueden emanar de una amplia gama de factores legales y fácticos que deben ser considerados en conjunto y,
- dotar al operador jurídico de instrumentos más concretos (presunciones) que le permiten determinar con mayor facilidad la configuración del supuesto de hecho previsto en la norma general.

Lo anterior, más aún, cuando se trata de disciplinas de naturaleza proteccionista o de dirección económica, que imponen cargas y límites a la actividad comercial, en tutela de los intereses de especiales grupos vulnerables **en el desarrollo de las actividades económicas o del interés general** o colectivo tutelado por el Estado.

⁵² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 30418 del 5 de mayo de 2014, cit.

Así las cosas, las presunciones legales son el resultado de la constatación fáctica y jurídica del legislador, y le permiten al operador jurídico determinar con mayor rapidez y eficacia la configuración fáctica del instituto regulado (en este caso, de la subordinación legal). Sin embargo, las presunciones no excluyen la posibilidad de que la autoridad competente pueda establecer la existencia del mismo hecho que se presume, en cada caso concreto, con fundamento en criterios generales y abstractos delineados por el mismo legislador.

Ciertamente, esa técnica ha sido utilizada por nuestro legislador en otras disciplinas de naturaleza proteccionista, como la relativa a las cláusulas abusivas en los contratos del consumidor, en la que optó por incorporar una cláusula que define de manera general y abstracta las cláusulas abusivas, y por otra, un listado de cláusulas que se presumen abusivas⁵³.

De conformidad con esta regulación, y de manera análoga a lo que sucede en el ámbito del derecho comunitario europeo⁵⁴, la doctrina colombiana afirma que el

⁵³ Así, el art. 42 de la Ley 1480 de 2011 establece: **“ARTÍCULO 42. CONCEPTO Y PROHIBICIÓN.** Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.

Por su parte, el art. 43 de la Ley 1480 de 2011 establece: **CLÁUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO.** Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;
2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;
5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;
6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;

(...).”

⁵⁴ En el ámbito del derecho comunitario europeo esta técnica legislativa fue incorporada, originariamente, por la Ley de Condiciones Generales Predispuestas alemana de 1976 y, posteriormente, por la Directiva 93/13 de 1993, a partir de la cual la regulación mixta de las cláusulas abusivas (cláusula general y lista de cláusulas que se presumen abusivas) se extendió a la mayoría de países que hacen parte de la Comunidad Europea, en los que es claro que la verificación del carácter abusivo de una cláusula puede fundarse, bien en la definición general, bien en las presunciones previstas por el legislador. Cfr. Para todos los efectos, V. ROPPO, *El contrato de dos mil*, (Traducción de Milagros Koteich), *Ensayos de la Revista de Derecho Privado* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

Estatuto del Consumidor incorporó una cláusula general y abstracta que le permite al juez ordinario, o a las autoridades administrativas investidas de facultades jurisdiccionales por el mismo estatuto, verificar la existencia de una cláusula abusiva siempre que se verifiquen los elementos definitorios previstos en la cláusula general, y sin perjuicio del listado de cláusulas que se consideran *per se* abusivas por el legislador⁵⁵.

Asimismo, una interpretación armónica de los art. 260 y 261 del C.Co. permite concluir que la definición general de subordinación contenida en el art. 260 del C.Co., le otorga a las autoridades administrativas y judiciales, de oficio o a solicitud de los interesados, la posibilidad de contar con criterios generales para determinar, en cada caso concreto, si una empresa se encuentra en relación de subordinación con otra, con miras al cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley. Lo anterior, más allá de las presunciones previstas en el art. 261 *ibídem*, que, si bien son una fuente importante para determinar las relaciones de subordinación societaria, no son las únicas.

c) Una interpretación que propenda por el carácter taxativo de las presunciones del art. 261 del C.Co. limita el efecto útil de la cláusula general de subordinación contenida en el art. 260 *ibídem*

De acuerdo con lo expuesto, se puede afirmar que la tesis según la cual las presunciones de subordinación contenidas en el art. 261 del C.Co. son taxativas y no enunciativas, limita o socava el alcance de la definición general de subordinación contenida en el art. 260 *ibídem*, en contravía del efecto útil con el cual se deben interpretar y aplicar las normas jurídicas.

Ciertamente, si la intención del legislador era incorporar un listado taxativo de hipótesis de subordinación, no tendría un efecto relevante la incorporación de una cláusula general que establece los criterios generales que definen a esta figura.

En este mismo sentido, se destaca que la tesis sobre el carácter taxativo de las presunciones de subordinación del art. 261 del C.Co. no guarda coherencia con la finalidad que se deduce de los antecedentes de la Ley 222 de 1995.

Como se analizó previamente, el texto original del art 260 del C.Co. circunscribía la subordinación al hecho de que el poder de decisión de una compañía estuviera

⁵⁵ Cfr. J. ARRUBLA, *La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano*, en *Perspectivas del derecho de consumo*, C. L. Valderrama (Coord.), Bogotá, 2013, p. 381.



sometido a la voluntad de otra, en virtud de la participación o poder económico, financiero o administrativo de la segunda sobre la primera.

Por su parte, el art. 26 de la Ley 222 de 1995, que subrogó el referido art. 260, incorporó un concepto más amplio, que se concreta en el sometimiento del poder de decisión de una sociedad a la voluntad de otro u otros sujetos, de manera directa o indirecta.

Si esta norma no estuviera dirigida a soportar la declaración de situaciones de subordinación en casos concretos, con independencia de las presunciones del art. 261 del C.Co., no se entendería la persistencia del legislador de 1995 en redefinirla y ampliarla.

Al respecto, es interesante destacar que en la ponencia para primer debate ante el Senado⁵⁶, del proyecto de ley que dio lugar a la expedición de la Ley 222 de 1995⁵⁷, el senador ponente expresó lo siguiente: *"en lo que respecta al tema del grupo de sociedades, se propone de una parte la eliminación del art. 26 que frente a la regulación actual contenida en el art. 260 del C. de Co. no agrega elemento nuevo y sí puede generar confusión con las presunciones de que se ocupa el art. 27 del proyecto.."*⁵⁸.

Al parecer, con base en estas motivaciones, la referida norma no se incorporó en la ponencia para segundo debate en el Senado. Sin embargo, en el texto final revivió el referido artículo 26, que amplía la cláusula general de subordinación prevista originalmente por el 260 del C.Co.

De estos antecedentes se puede deducir la intención del legislador de atribuir efectos relevantes al art. 260 del C.Co. con independencia de las presunciones del art. 261 del C.Co., razón por la cual afirmar que las presunciones son taxativas, eliminaría los alcances importantes de la cláusula general de subordinación, al momento de determinar, en cada caso concreto, la existencia de un control societario.

d) Finalmente, desde el punto de vista sistemático, el carácter no taxativo de las presunciones del art. 261 del C.Co. encuentra sustento en otras normas que integran la disciplina de la subordinación societaria

⁵⁶ Luego de su aprobación en la Cámara de Representantes.

⁵⁷ Ponencia para primer debate y pliego de modificaciones al proyecto de Ley No 235/95, del Senado. Publicado en la Gaceta del Congreso No 150, del 13 de junio de 1995.

⁵⁸ Op. Cit, p. 2.

En efecto, además de la cláusula general de subordinación contenida en el art. 260 del C.Co. se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso primero del art. 30 de la Ley 222 de 1995, el cual señala lo siguiente:

ARTICULO 30. OBLIGATORIEDAD DE INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL. Cuando de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se configure una situación de control, la sociedad controlante lo hará constar en documento privado que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control. Dicho documento deberá presentarse para su inscripción en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control. (...).

Resalta la Sala

Una adecuada hermenéutica de esta disposición lleva a concluir que las relaciones de subordinación que deben ser inscritas en el registro mercantil son aquellas que se configuran: bien de conformidad con la definición general contenida en el art. 260 del Código de Comercio, o bien de conformidad con las hipótesis previstas en el art. 261 del Código del Comercio.

De no ser así, la norma solo se hubiera referido al art. 261 del C.Co. Dicho de otra manera, si el legislador hubiese pretendido que las relaciones de subordinación objeto de registro solo fueran las contempladas en el art. 261 del C.Co. **no tendría ningún efecto útil** la referencia hecha por el art. 30 de la Ley 222 de 1995, al art. 260 ibídem.

En consideración a todas las razones expuestas, la Sala comparte la posición que ha sido reiterada en la jurisprudencia y la doctrina nacionales, incluso por la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia Financiera, en el sentido de que las presunciones de subordinación incorporadas en el art. 261 del C.Co. no son taxativas.

Desde el punto de vista jurisprudencial, se destaca la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, del 26 de agosto de 2004, expediente 02-0549, en la que se señaló lo siguiente:

(...) el artículo 261 del C.Co. (modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995) prevé algunos supuestos a partir (sic) de que se debe presumir que existe subordinación, aunque se debe precisar que la jurisprudencia y la doctrina han coincidido que en caso de que la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES corrobore la existencia de cualquier otra forma de

subordinación y control deberá declararla, pues los supuestos expuestos en la norma son meramente ilustrativos y no taxativos. Es decir, existe cierta discrecionalidad para que la entidad determine si, en efecto, se está ante una situación de control.

En cuando a la doctrina, vale la pena resaltar la opinión del tratadista de derecho societario, Francisco Reyes Villamizar, que sobre el particular advierte:

Es importante tener en cuenta que la enumeración legal de presunciones de subordinación no es de carácter taxativo, sino apenas enunciativo. Ello es así, porque, el artículo 26 de la misma ley permite que en cualquiera otra circunstancia en la que intervenga un sometimiento de la voluntad de la sociedad al dominio de otra persona u personas, se produzca también el fenómeno de la subordinación, con todos los efectos que la ley establece sobre el particular. Por lo demás, la propia ley les otorga a las Superintendencias de Sociedades, Bancaria o de Valores (hoy Superintendencia Financiera), la facultad de declarar, de oficio o a petición de (del) interesado, la situación de control, con el propósito de que se surta el registro prescrito en el artículo 30 de la ley 222. De manera que ante eventuales dudas o conflictos sobre el acaecimiento de un presupuesto de subordinación, las susodichas entidades de fiscalización tendrán la última palabra⁵⁹.

Por su parte, la oficina jurídica de la Superintendencia de Sociedades, en oficio No 220-15430 del 13 de abril de 1998, expresó:

Las circunstancias señaladas en el artículo 261 modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, corresponden a supuestos de hecho en los cuales la ley ha presumido la existencia de una situación de subordinación, lo cual supone el sometimiento del poder de decisión de la subordinada a la voluntad de su matriz o controlante.

(...) De igual forma puede existir diversidad de circunstancias de hecho que establecen la subordinación de cualquier sociedad por estar sometido su poder de decisión a la voluntad de otra u otras personas, y que dichas circunstancias determinantes del control no se configuren en los supuestos legales descritos en el artículo 261 del Código de Comercio. En tales eventos también existirá la subordinación de una sociedad a su matriz o controlante, y por lo tanto en los términos señalados por la ley mercantil, existirá una situación de control o subordinación con todos sus efectos, privilegios y obligaciones.

⁵⁹ F. REYES. *Derecho societario...* cit. pp. 317. En igual sentido se pronuncian, entre otros, .F. FRANCO MONGUA y D. REY GUERRERO. *El control societario en Colombia...* cit. 62.

Considera la Superintendencia que la intención del legislador al relacionar en el artículo 261 del Código de Comercio algunas circunstancias determinantes de la subordinación, no estaba más que mencionando los eventos en los cuales se presume la existencia del control descrito en el artículo 260. Pero ello no excluye los casos de otras circunstancias donde se encuentre que el poder de decisión de una sociedad está sometido a la voluntad de su matriz o controlante y corresponderá a las partes verificar la existencia de tal control y declararlo, sin que en tales eventos se presuma la subordinación. Pero en todo caso podrá acreditarse ante la autoridad administrativa competente, de oficio o a solicitud de cualquier interesado la existencia de la situación de control de tal forma que se determine si procede declarar la situación de control u ordenar su inscripción en el registro mercantil. (...).

Tales consideraciones han sido reiteradas por la entidad en los oficios números 220-057365 del 3 de diciembre de 2007, 220-102566 del 31 de julio de 2009 y 220-064141 del 15 de abril de 2016, entre otros.

En el mismo sentido, la Superintendencia Financiera ha manifestado lo siguiente:

(...) En este orden, debemos señalar que las normas recién citadas (se refiere a los art. 260 y 261 del C.Co. modificadas por la Ley 222 de 1995), lejos de observar perspectivas diferentes, se complementan y armonizan entre sí, de suerte que en tanto la primera, esto es el artículo 26 de la Ley 222, define el principio general de subordinación, la segunda constituye parte de su desarrollo al enunciar supuestos configurativos del mismo, razón por la cual su entendimiento ha de procurarse atendiendo a la "...debidada correspondencia y armonía" que entre las referidas normas debe existir, tal y como lo supone el ejercicio de una verdadera interpretación sistemática del ordenamiento contenido en la Ley 222 de 1995.

A este respecto, es de advertir que, pese al carácter imperativo con que se haya revestido el citado artículo 27 de la Ley 222, la enumeración que contempla situaciones constitutivas de subordinación, no es de índole taxativa sino simplemente enunciativa, de suerte que la misma no es óbice para que ante cualquier otra situación de la cual pueda evidenciarse un sometimiento de la voluntad del ente económico, se produzca de igual manera el fenómeno de la subordinación con los efectos propios que ello supone, esto es, la inscripción en el registro mercantil de la situación de control y la preparación y divulgación de estados financieros consolidados, contenidos en los artículos 30 y 35 de la Ley 222 de 1995, respectivamente⁶⁰.

⁶⁰ Superintendencia Financiera. Síntesis de conceptos. Boletín 05 de mayo de 1998. Disponible en la <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Publicaciones/publicaciones/loadContenidoPublicacion/id/10038948/dPrint/1/c/00> página web Consultada el 6 de agosto de 2019.

En consideración a todo lo expuesto,

IV. LA SALA RESPONDE:

1. *¿Los casos de subordinación relacionados en el artículo 261 del Código de Comercio son taxativos?*

No. Los casos de subordinación relacionados en el artículo 261 del Código de Comercio no son taxativos, sino meramente enunciativos. Lo anterior, de conformidad con los argumentos expuestos en este concepto.

2. *En el evento de que la anterior respuesta sea afirmativa, ¿qué consecuencia jurídica trae para la Superintendencia de Sociedades el cambio de posición respecto de la aplicación del artículo 261, en casos de haberse generado sanciones por la no inscripción?*

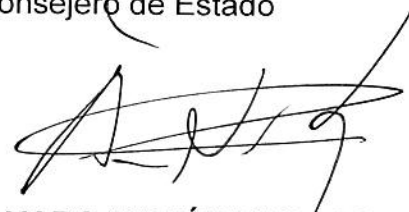
Toda vez que la respuesta a la pregunta No 1 es negativa, no es procedente responder esta pregunta.

Remítase copia al señor Ministro de Comercio, Industria y Turismo, y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.


EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala


OSCAR DARIO AMAYA NAVA
Consejero de Estado


GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado


ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado


LUCÍA MAZUERA-ROMERO
Secretaria de la Sala