

SOCIEDADES MATRICES Y SUBORDINADAS EN LA LEY 222 DE 1995

Alvaro Ceballos

EL PRESENTE ESCRITO pretende en primer lugar hacer una presentación del tema en general así como resaltar la importancia del mismo para el caso colombiano; en segundo lugar quiere sintetizar las principales posiciones y críticas doctrinales a la legislación contenida en el Código de Comercio, y por último, con base en los cambios introducidos por la Ley 222 de 1995, abordar las incidencias y nuevas perspectivas en nuestra legislación, dejando como conclusión la posición que en mi criterio ayudaría a interpretar de manera favorable los cambios introducidos y beneficiaría a la empresa colombiana no sólo desde el punto de vista jurídico sino mercantil.

IMPORTANCIA DEL TEMA

CUANDO HABLAMOS de la importancia del tema nos referimos específicamente a las consecuencias que del mismo surgen frente a la empresa y su trascendencia en nuestro sistema económico, es decir, no se trata de analizar los conceptos básicos de lo que es sociedad matriz o subordinada, pues los mismos están consagrados en la Ley 222 de 1995, sino de abordar su importancia y real aplicación para el caso colombiano.

Sin lugar a dudas este es un tema central en el desarrollo mismo de la empresa contemporánea, ya que la interrelación entre éstas se hace imperiosa para lograr el volumen de negocios necesario para generar la debida competencia económica.

Las actuales sociedades no actúan solas, ya no se trata de la persona jurídica aislada, sino de un grupo de sociedades: basta con analizar las estadísticas empresariales colombianas para darnos cuenta de que ningún gran negocio actúa con una sola sociedad sino que existe una organización en la cual una de ellas ejerce funciones de líder frente a otras subordinadas, filiales o subsidiarias generando complejas formas asociativas y por ende, cuando surgen problemas, dificultades legales casi imposibles de resolver.

De modo que nos encontramos frente a una situación que podríamos resumir diciendo que los grupos de sociedades son realidades económicas, mas no jurídicas.

Es esta la razón, y ella se desprende de la lectura de la exposición de motivos de la Ley 222, por la cual nuestro legislador introdujo cambios relacionados con el tema que nos ocupa, es decir, sociedades matrices o subordinadas y grupos empresariales.

De lo expuesto se desprende el objetivo central de esta presentación, que consiste en proporcionar una idea acerca del verdadero impacto que tendrá la

reforma en relación con las sociedades matrices y subordinadas frente a lo que se ha dado en llamar el “derecho vivo de la sociedad”.

No obstante, la vinculación de diversas sociedades para emprender negocios recíprocos de beneficio mutuo genera en opinión de algunos doctrinantes formas de desvirtuar o por lo menos de diluir responsabilidades de una u otra frente a terceros.

POSICIONES DOCTRINARIAS

LA TRADICIÓN ENFOCA este tema dentro de la teoría general del contrato de sociedad, específicamente en lo que se relaciona con la constitución de la sociedad comercial.

Me refiero en particular a los requisitos contenidos en el artículo 110 del Código de Comercio, pues una sociedad al ser debidamente constituida surge en su verdadera capacidad legal, con lo cual y al tenor del artículo 118 *ibidem* frente a ella y a terceros no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas con sujeción a los artículos 110 y 113, «*ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ella*» (subrayo).

Se trata entonces de situaciones de subordinación ocurridas en desarrollo del contrato social de cada sociedad en virtud de lo consagrado en el artículo 110 *ibidem*, provistas de la correspondiente publicidad legal a efectos de proteger a terceros y en aras de certeza y seguridad jurídica.

Con relación a este punto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de julio 27 de 1978, al pronunciarse respecto de la capacidad legal de la sociedad sostuvo que «... el contenido del objeto de una sociedad no solamente rige para las relaciones entre ésta y su gerente, sino también para las que se originan *con los terceros que con ella negocian*; por lo tanto todo tercero antes de contratar con la sociedad debe enterarse del *contenido preciso del objeto social* para poder determinar si la sociedad está o no autorizada para celebrar determinado contrato...» (subrayo).

De lo que se trata entonces es de mirar frente a frente dos temas de suma importancia: la tradicional concepción de la capacidad legal de la sociedad como persona jurídica y la contemporánea agrupación de empresas para lograr sus fines.

Sobre este segundo punto existen pronunciamientos doctrinales en el sentido de que el Código de Comercio, obviamente no se refiere a las modificaciones contenidas en la Ley 222 de 1995, contiene las disposiciones relativas a la teoría general de la sociedad, es decir su origen, constitución, requisitos, etc. pero no desarrolla la parte viva del derecho de sociedades, no recoge ni da soluciones a las contemporáneas figuras de colaboración empresarial o grupos de empresas, *holding, disregard*, etc.

De modo que con la reforma introducida por la Ley 222 se está dotando al empresario de instrumentos que bien enfocados pueden ser eficaces para conciliar la actual situación según la cual nuestra legislación no da soluciones a las nuevas formas asociativas.

De lo que se trata es de facilitar a nuestras empresas soluciones legales para dar vida a la realidad económica que las obliga a adoptar formas asociativas en virtud de las cuales hay una sociedad matriz y otras ejecutoras o subordinadas.

ANTECEDENTES

EL CAPÍTULO XI del Código de Comercio se refiere en su contexto general a la regulación relacionada con “Matrices, Subordinadas y Sucursales”.

El artículo 260 *ibidem* establecía que las sociedades subordinadas podían ser filiales o subsidiarias, considerándose filial a la sociedad que esté controlada o dirigida económica, financiera o administrativamente por otra sociedad que será la matriz. Mientras que la sociedad subsidiaria era la compañía cuyo control o dirección lo ejerce 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.

Frente a la regulación que existía tenemos que el Capítulo V de la Ley 222 establece que una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán 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.

Además la citada Ley 222 establece como presunción de existencia de subordinación que se presente uno o más de los siguientes casos:

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

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

3º 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 con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

4º Cuando el control dado de acuerdo con los anteriores numerales 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 50% del capital o configuren la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Entonces tenemos que con la nueva legislación se enfatizó la existencia de una “situación de control” en virtud de la cual cuando la misma se presente la sociedad controlante deberá registrar un documento privado que signifique esa situación en la respectiva Cámara de Comercio.

Es decir que para el legislador, independientemente de quién es controlante o controlado, si hay una situación de control se debe registrar, buscando así determinar la responsabilidad de uno u otro en el manejo de los negocios propuestos y protegiendo a terceros que pretendan contratar con ellos.

Se faculta así a las sociedades para que adelanten toda clase de formas asociativas en busca de fines comunes siempre y cuando así lo determinen y consagren en documento privado protocolizado ante la Cámara de Comercio.

Si no se genera el documento privado, el Estado por medio de la Superintendencia competente declarará la situación de vinculación entre las sociedades involucradas y les podrá imponer multas.

Por supuesto éste será un tema objeto de reglamentación por cada entidad debido a la trascendencia de tal declaratoria. Sin embargo creemos que las sociedades involucradas tendrán todo el derecho de intervenir activamente para que en estricto sentido se determine la real situación, la naturaleza de los negocios que tratan, su vigencia y demás aspectos que consideren necesarios.

OBLIGATORIEDAD DE INSCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN DE CONTROL EN EL REGISTRO MERCANTIL

EL ARTÍCULO 30 de la Ley 222 de 1995 de manera complementaria estableció que cuando se configure una situación de control la sociedad controlante lo deberá hacer constar en documento privado y deberá presentarlo 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.

En mi opinión la razón por la cual se consagró esta disposición en la nueva Ley 222 es evitar los inconvenientes que en el pasado se han presentado con la Cámara de Comercio. Me refiero en particular a la tesis sostenida por ellas según la cual «lo que expresamente la ley mercantil no diga que se registra, las Cámaras de Comercio no lo registran».

Esta posición generó muchos inconvenientes, máxime si tenemos en cuenta que nuestro derecho comercial y mercantil es básicamente consuetudinario, por lo cual van apareciendo nuevas figuras generadas por la costumbre y que en aras de la protección que le debe asistir a terceros sería conveniente que estén debidamente registradas y con todos los efectos de publicidad conocidos.

— Sostener la tesis expuesta por las Cámaras de Comercio, específicamente por la Confederación de Cámaras de Comercio, significa que no es posible registrar en ellas figuras atípicas pero existentes en nuestra realidad mercantil y de gran importancia.

— Pues bien, para el caso de la existencia de una “situación de control” en virtud de este artículo 30 surge la obligatoriedad del registro mercantil so pena de la declaratoria de la situación de vinculación y la imposición de multas por parte de la Superintendencia de Sociedades, o Bancaria, o de Valores, según sea el caso.

— Sobre la manera como se hará la declaratoria o el registro en la Cámara por parte de la autoridad, así como sobre la vigencia de la situación de control o la materia de la misma, nada se dice, salvo que toda modificación de la situación de control o del grupo igualmente se deberá inscribir.

— Lllaman mi atención en particular dos puntos relacionados con este tema: la finalidad de la situación de control y su duración. En efecto cuando surge una situación de control lo primero que se debe tener claro es la finalidad de la sociedad controlante y la controlada y obviamente la vigencia de la misma.

— De modo que es menester afirmar que se trataría de la unión transitoria de empresas (independientemente de la calidad de controlante o controlada o subordinada) por medio de la cual se pretende que un grupo de empresas, con una finalidad bien determinada, aúnen sus esfuerzos sin la intención de formar un ente jurídico distinto o una nueva estructura o persona jurídica; se trataría de la simple unión de empresas para colaborar mutuamente en la búsqueda de un fin común pero limitado en el tiempo.

Entonces tenemos que para la configuración de una situación de control por medio de documento privado la sociedad controlante deberá incluir como elementos esenciales las partes, su finalidad, la razón de ser de la situación de control y su duración.

Por ser una figura nueva deseo hacer énfasis en el contenido del documento privado que contenga la declaración de situación de control, debido a que en mi criterio el mismo debe contener el máximo de datos que permitan tener muy clara la real intención de las partes, pudiendo convertirse en el documento que consagra la verdadera *capacidad legal* de la nueva figura en virtud de la cual existe una situación de control.

Este documento, de acuerdo con el inciso 1º del artículo 30 *ibidem*, deberá contener nombre, domicilio, nacional y actividad de los vinculados así como el presupuesto que da lugar a la situación de control.

Considero que estos requisitos son enunciativos debido a que la ley debe dar plena libertad a las partes para desarrollar su autonomía negocial y poder enmarcarla de acuerdo con el esquema mercantil que deseen desarrollar.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

POR SER ESTE UN TEMA íntimamente ligado a la tradicional concepción de la Superintendencia de Sociedades respecto de los *consorcios*, que es una figura similar a la que nos ocupa, me permito hacer una breve síntesis sobre el punto para así observar el cambio de posición doctrinaria que traerá la aplicación de la Ley 222.

Ha considerado la citada Superintendencia que consorcio o grupo de interés económico es el ente mediante el cual dos o más personas naturales o jurídicas se unen, por un tiempo determinado, con miras a poner en común todos los medios necesarios o adecuados para desarrollar la actividad económica de sus miembros o para mejorar o acrecentar los resultados de esa actividad.

Es decir que implica una concentración empresarial encaminada a regular la actividad comercial o mercantil de cada una de las compañías consorciales necesaria para emprender grandes negocios u obtener el grado de competitividad necesaria para competir con grandes empresas o introducirse, *v. gr.*, en mercados internacionales de difícil acceso.

El consorcio ejerce pues, dice la Superintendencia, una función de coordinación o cooperación de los intereses de sus miembros que no pretende sustituir o reemplazar a los consorciados pues cada uno de ellos continúa actuando en la esfera de sus propias facultades legales y estatutarias.

Además enumera dentro de las características de los consorcios el ser agrupaciones de empresarios que ejercen la misma actividad económica o actividades conexas o complementarias y tienen por objeto intereses comunes; estas agrupaciones no tienen personalidad propia, pues cada empresa conserva su independencia jurídica; las empresas se imponen recíprocamente límites y prohibiciones; la participación puede constituir un fondo común pero no se asimila al patrimonio autónomo de las sociedades y por último las empresas consorciadas permanecen jurídicamente autónomas con patrimonios separados y responsabilidad propia frente a terceros.

A partir de las anteriores características ha sostenido la Superintendencia de Sociedades que «*el consorcio no es una sociedad mercantil ni civil, no es una sociedad*

regular o de hecho, no es una asociación» (subrayo), tal como se encuentran definidas esas figuras en nuestra legislación; es una modalidad de contrato, no tipificado en la legislación nacional, y por tanto son contratos donde las partes gozan de una amplia libertad para determinar los efectos de dichos convenios.

De modo que debido a la anterior posición doctrinaria de la Superintendencia de Sociedades desde el año 88 se estableció que el consorcio puede constituirse por escritura pública o por documento privado celebrado entre los empresarios que explotan actividades complementarias o conexas sin que sea necesaria la aportación de capital ni buscar, en principio, el reparto de utilidades y ganancias.

El documento constitutivo del consorcio sólo deberá registrarse si con él se afecta de alguna manera la administración de las empresas que lo integran de conformidad con el numeral 6 del artículo 28 del Código de Comercio. Lo cual en la práctica no es de mucha ocurrencia.

Así las cosas tenemos que la Superintendencia, con base en el artículo 2º del Decreto 2155 de 1992, sostiene la tesis según la cual los consorcios no son sujetos de vigilancia por parte de ese ente.

Los argumentos consisten básicamente en que la Superintendencia de Sociedades ejercerá la función de inspección, vigilancia y control de las *sociedades mercantiles* no sometidas a la vigilancia de otras Superintendencias.

Se desprenden así dos puntos de suma importancia: el control es sobre sociedades comerciales debidamente constituidas, característica que no tiene el consorcio, y la función de vigilancia va dirigida a hacer cumplir y velar porque las sociedades se ajusten a las leyes pertinentes, lo cual no puede cumplirse frente a la figura del consorcio pues no existe un ordenamiento legal que la regule aunque en el consorcio participen sociedades mercantiles vigiladas.

Frente al tema que nos ocupa, tenemos que en mi criterio la Superintendencia de Sociedades tampoco tendrá total competencia para vigilar la “situación de control” que se presente entre una sociedad y sus vinculados, la cual haya sido declarada bien sea por documento privado o por esa entidad, debido a que no se trata de una nueva sociedad sino de la existencia de vínculos de subordinación entre empresas para buscar fines comunes.

La única facultad de la citada entidad es la consagrada en el artículo 31 de la Ley 222 según la cual podrá comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados y 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, podrá imponer multas u ordenar la suspensión de dichas operaciones.

De modo que la facultad que pueda tener la Superintendencia de Sociedades se limitará a la verificación de la existencia de las operaciones entre sociedades vinculadas en las cuales medie registro de la situación de control en la respectiva Cámara de Comercio. Creemos que antes del registro del documento privado o de la declaratoria por parte de la Superintendencia no hay competencia alguna ni siquiera para la mencionada verificación.

Ahora bien la Superintendencia de sociedades, tal como ya lo esboqué anteriormente, al ejercer la función consagrada en el inciso 2º del artículo 30 de la Ley 222, antes de declarar la situación de control y ordenar la inscripción en el registro mercantil e incluso de imponer multas por el no registro dentro del término legal, deberá crear un procedimiento administrativo en

virtud del cual las empresas objeto de la declaratoria puedan ampliamente rendir los descargos que consideren pertinentes, manifestar la real relación entre ellas y hacer las anotaciones del caso.

CONCLUSIÓN

COMO CONCLUSIÓN TENEMOS que una vez se determine quién es sociedad controlante o controlada, matriz o subordinada, la manera como las partes consagran la situación de control en el documento privado que deberá ser inscrito en el registro mercantil tema particular relevancia.

Si la declaratoria surge de la Superintendencia de Sociedades la convocatoria y el procedimiento que se establezca debe respetar el derecho de las partes para aclarar, ampliar o modificar todo lo que consideren pertinente especificando si se trata de una situación de control o de grupo empresarial.

Creemos que el documento privado se constituirá en pieza fundamental para analizar lo que podríamos llamar la “real capacidad legal de lo que conocerá como la situación de control o el grupo empresarial o simplemente la persona jurídica no societaria”.

Es decir que con base en él la sociedad matriz o subordinada o el grupo empresarial fijará su responsabilidad frente al Estado o a terceros, y se convertirá al mismo tiempo en un verdadero catalizador de los derechos y obligaciones de las partes intervinientes cuya naturaleza jurídica es eminentemente contractual, por lo que la calidad del negocio jurídico tomará una trascendental importancia al convertirse en una novedosa figura reveladora de la autonomía de la voluntad.

Otra clara consecuencia de la declaratoria de “situación de control” será la de carácter tributario y fiscal, y aunque sobre este punto no se ha dicho nada por parte de las autoridades competentes creemos que será una forma para que el Estado recaude ingresos adicionales, obviamente dentro de los límites legales impositivos, tales como la prohibición de la doble tributación.

Por último resulta de particular interés desde el punto de vista estrictamente jurídico entrar a analizar la figura contenida en el parágrafo 1º del artículo 27 de la Ley 222 de 1995 en el sentido de que la situación de control también podrá darse cuando de una u otra manera intervengan personas jurídicas de naturaleza no societaria.

Se abre así la posibilidad de que los grupos empresariales constituyan verdaderos entes jurídicos regulados y vigilados por el Estado, pero al mismo tiempo provistos de respaldo legal respecto a los derechos que a ellos les corresponda. Materias estas que esperamos sean reglamentadas por nuestro legislador de manera expedita.