

## **OFICIO 220-054237 DEL 15 DE MARZO DE 2016**

### **Ref: PRESUPUESTOS DE SUBORDINACIÓN-ACUERDO DE ACCIONISTAS EN UNA SOCIEDAD ANÓNIMA**

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el número 2016-01-034377, mediante la cual describe el supuesto de una anónima, en la que se ha estipulado que todas las decisiones deben tomarse por unanimidad. El 100% de los asociados han celebrado un acuerdo de accionistas, en virtud del cual se establece que, de no lograrse la unanimidad en la asamblea general de accionistas y después de superado un período de consultas, como mecanismo de desbloqueo, se acudirá a un tercero experto, previamente definido, quien tomara una decisión, la cual debe ser adoptada obligatoriamente por dicho órgano social.

Con base en el anterior planteamiento formula los siguientes interrogantes:

“a La elección del tercero experto que resuelva la eventual situación de bloqueo en la sociedad, ¿podría generar una situación de control del tercero experto sobre la sociedad, en virtud de lo establecido en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio? En caso afirmativo, ¿cuál sería el supuesto de subordinación aplicable de los establecidos en el artículo 261 del Código de Comercio?

b Si no fuera un experto sino un tercero de confianza de los accionistas, sin experiencia en los asuntos sometidos a su consideración, ¿cambiaría en algo la respuesta a la pregunta anterior?

c Si no se sometiera a consideración del tercero todos los temas respecto de los cuales no existe consenso, sino por el contrario, sólo ciertos temas calificados que son de importancia general para la sociedad, ¿cambiaría en algo la respuesta a la pregunta formulada en el literal (a)?”:

Aunque es sabido, no está demás advertir que con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 del 30 de junio de 2015, el derecho de petición en la modalidad de consulta tiene por objeto conocer un concepto u opinión de la Superintendencia sobre las materias a su cargo, mas no está dirigido a resolver situaciones concretas, menos a asesorar a los usuarios en la solución de diferencias relativas a la ejecución de actos o interpretación de estipulaciones contractuales en los que tengan interés como socios, administradores o asesores legales.

Tampoco se dirige a definir los alcances o interpretar los términos de negocios jurídicos o contratos, pues sus respuestas en esta instancia, se repite, son

generales y abstractas, razón por la cual no tienen carácter vinculante ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

Así, antes que una respuesta puntual se impone efectuar algunas consideraciones jurídicas, no sin antes llamar la atención en que el planteamiento de la consulta parece sugerir la existencia de un conflicto o controversia respecto de un acuerdo de accionistas, susceptible de ser ventilado ante esta Superintendencia mediante la Delegatura de Procedimientos Mercantiles (Literal a) del numeral 5º del artículo 24 del Código General del Proceso), motivo de más para insistir en el alcance del presente pronunciamiento.

Considerando que todos los interrogantes planteados giran en torno al rol del “tercero” al que según los términos del acuerdo de accionistas, se acudirá como mecanismo de desbloqueo, cuando la asamblea general de accionistas no logre la unanimidad, ha de entenderse que en ese supuesto, la decisión de que se trate no se tomará por el tercero de manera aislada, sino que a falta de unanimidad entre los accionistas, será aquél el llamado a definir el sentido en que el órgano social referido con el lleno de las formalidades legales pertinentes ha de adoptar la decisión sometida a su consideración .

Para determinar entonces si se configura en ese evento una situación de control por parte del tercero, es pertinente remitirse a lo dispuesto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio modificados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, a cuyo tenor se tiene:

#### **“ARTÍCULO 260. SUBORDINACIÓN.**

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**

Subrogado 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.

En cuanto hace a los alcances de las disposiciones transcritas y particularmente respecto al tema relativo a las presunciones de subordinación, esta Entidad mediante Oficio 220-001946 del 18 de enero de 2016 efectuó algunas precisiones que cabe traer a colación:

“(…)

Como esta Entidad lo ha reiterado, es claro que la anterior no es más que una relación de los eventos en los cuales se presume la existencia del control en los términos descritos en el artículo 260, lo que significa de una parte que a pesar de que existan hechos que en apariencia constituyan uno de tales supuestos, legalmente es posible desvirtuar la presunción de que se trate mediante la demostración de circunstancias que conlleven a que el poder de decisión de la compañía, no se encuentre en realidad sometido a la voluntad de un tercero y de otra parte, que pueden existir otras circunstancias diferentes que den lugar a una situación de control, en cuyo evento corresponderá a las partes verificar su existencia y declararlo, sin que la subordinación se presuma. (Oficio 220- 15430, abril 13 de 1998.)

Por tal razón y considerando que la ley no previó unos presupuestos taxativos que recojan todas las hipótesis posibles de "control " y los que estableció admiten prueba en contrario, es que su ocurrencia como se ha dicho, se encuentra supeditada a la verificación de los elementos que permitan comprobar que se trata de una sociedad cuyo poder de decisión efectivamente se encuentra sometido a la voluntad de otra, u otras personas, lo que supone en este último evento que además de detentar la mayoría decisoria, entre las distintas personas exista una manifiesta voluntad de actuar en común encaminada a ejercer conjuntamente el control de la sociedad.

En este orden de ideas este Despacho ha manifestado que la participación de un accionista en el capital de la subordinada, sea directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en una proporción superior al 50 %, no constituye per se un elemento determinante de la situación de subordinación societaria en los términos del Num1º, Artículo 261 del Código de Comercio, o lo que es lo mismo, que es susceptible de ser desvirtuado como tal, si a ello se suman otras condiciones que le impidan al titular imponer su voluntad y por tanto ejercer de manera autónoma una influencia dominante en la compañía, al existir por ejemplo, una estipulación estatutaria o, acuerdo previo dirigido a ese fin, a través del cual para adoptar las decisiones del máximo órgano social se exija contar con el concurso de otro u otros accionistas a los que les asista el derecho a participar libremente en las mismas, con lo cual se torna imposible en la práctica que el socio mayoritario pueda ser controlante, pues no tendría se repite, la autonomía suficiente para someter la voluntad de los restantes.

El mismo criterio, serviría de base para concluir que el supuesto de control por participación mayoritaria se puede desvirtuar también si hay un contrato de fiducia que genera un patrimonio autónomo en el que se radica una parte de esa participación en el capital social que limite al titular para imponer su voluntad y adoptar las decisiones en la compañía, en cuyo caso la situación de control estará condicionada a los términos del contrato respectivo....”

Igualmente en cuanto particularmente a la figura del control ejercido a través de terceros, ilustra el la doctrina expuesta mediante Oficio 220-059283 del 14 de diciembre de 2007, cuyos apartes expresan:

(...)

**“2. Puede una entidad ser matriz o controlante de otra aunque aquella no participe en el capital de esta?**

Nuestra legislación mercantil incorpora en el concepto del control la posibilidad de que una sociedad tenga su poder de decisión sometido a la voluntad de otra u

otras personas que se consideran como la matriz o controlante. Igualmente se admiten diversas circunstancias en las cuales se presume la existencia de tal situación de control así: de manera general considera la posibilidad de que bien sea por la participación mayoritaria en el capital con capacidad de voto o por su ejercicio correspondiente se determine e imponga la dirección del poder decisorio de la subordinada.

Pero también se considera la posibilidad de configurar el control por el ejercicio de los derechos de voto en los órganos de la sociedad, sin que para tal efecto se requiera tener participación en el capital de la subordinada. Tal es el caso del acreedor prendario a quien se le han conferido los derechos de voto inherentes a la calidad de accionistas mediante estipulación o pacto expreso. (Cfr. Art. 411 C. de Co.), respecto de las acciones pignoras, quien sin tener participación en el capital de la sociedad está facultado para ejercer los derechos de voto correspondientes y de esta manera poder llegar a imponer y someter a su control la sociedad subordinada. Esta circunstancia, que determina el ejercicio del control interno societario sin participación está contemplada en el supuesto descrito en el numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio.

**También es posible que se verifique el denominado control externo societario sin participación, como ocurre en el caso del ejercicio de influencia dominante en las decisiones o en los órganos de administración de la sociedad, por virtud de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios. Estos eventos están contemplados en el supuesto contenido en el numeral 3 del artículo 261 del Código de Comercio. En este caso el control no exige la participación en el capital de la subordinada, puesto que el control o subordinación resulta más bien por ejercicio de la influencia dominante en los órganos de la sociedad.**

De esta manera siempre que una entidad matriz o controlante someta a su voluntad el poder de decisión de una sociedad, habrá subordinación, de conformidad con lo dispuesto por el Código de Comercio, sin que la participación en el capital sea el único determinante del control y por el contrario se admite por la ley que cualquier forma de determinación que someta a una sociedad al control de otra u otras personas, en los términos señalados en las disposiciones mercantiles impone en cabeza de la persona que tiene y ejerce tal poder, el carácter de matriz o controlante”

Consecuente con lo expuesto, respecto al acuerdo al que alude a consulta, es dable inferir en concepto de esta Oficina, que la intervención del tercero no tiene lugar de forma permanente frente a la toma de decisiones que le competen al máximo órgano social y mucho menos supone que los accionistas se hayan

despojado de su facultad de decidir, delegándola en ese tercero. No, la intervención de ese tercero es condicional y esporádica, esto es, que sólo procede subsidiariamente en aquellos eventos en que no sea posible lograr la unanimidad en torno a una decisión en particular, atendiendo que una vez dirimida la diferencia, la asamblea general de accionistas adoptará la decisión correspondiente.

En este orden de ideas, no se podría afirmar que el poder de decisión en ese evento esté sometido a la voluntad de dicho tercero y que éste se encuentre legitimado para ejercer de manera autónoma influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad, pues sin perjuicio del acuerdo, los socios conservan su derecho a participar y votar libremente con todas y cada sus acciones frente las decisiones que privativamente le competen al máximo órgano social; la única limitante que el acuerdo impone es que las decisiones se adopten por el 100% de los accionistas, lo que desvirtuaría cualquier otro de los presupuestos de subordinación establecido en el artículo 261 cit.

Si bien la apreciación anterior se refiere a un escenario hipotético, para definir si en efecto se configura un presupuesto de subordinación, es preciso analizar todos los elementos de juicio de cara a los antecedentes de la sociedad, para por lo cual se habrá de acudir al Grupo de Conglomerados de esta entidad aportando con los documentos de soporte respectivos.

Ahora bien, si lo que eventualmente existiera es por ejemplo un ejercicio abusivo del derecho de veto por parte de los accionistas minoritarios que impidan que se pueda cumplir con el acuerdo de accionistas, como se indicó, se podrá acudir a la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, en aras a ventilar el conflicto societario o la ejecución debida del acuerdo de accionistas señalado.

Para el efecto, podrá consultar en la página [WEB www.supersociedades.gov.co](http://www.supersociedades.gov.co) y acceder en la barra central al ítem “Delegatura de Procedimientos Mercantiles” donde se desplegará la jurisprudencia emanada de dicho Despacho, así como el instructivo para la presentación de la demandas y las acciones que pueden impetrarse ante aquélla.

En los anteriores términos se ha dado respuesta a su escrito, no sin antes reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son contemplados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.