

EL CONTROL DE LAS SOCIEDADES POR PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL SOCIAL

JUAN ANTONIO DUQUE DUQUE

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. CONCEPTO Y CLASES DE CONTROL

A. Presunciones de subordinación

1. Control interno por participación en el capital
2. Control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria
3. Control externo

B. Control interno por participación en el capital

C. Libre negociabilidad de las acciones

1. Las otras sociedades

II. EL CONTROL CONJUNTO

- ##### A. La unanimidad de las decisiones no desvirtúa el control

III. EL CONTROL NO SOCIETARIO

- ##### A. Control por personas naturales

IV. CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

El fenómeno del control societario por participación en el capital social, fue recogido y regulado en la reforma que la Ley 222 de 1995 introdujo al Código de Comercio colombiano. Se diseñó un régimen de sociedades matrices y vinculadas, consagrándose presunciones de subordinación, y aceptándose la posibilidad por un lado del control conjunto, y por otro, del control no societario.

Es preciso aclarar que el régimen de matrices y subordinadas, tal como fue concebido en la reforma en mención, no circunscribe su aplicación a un tipo de sociedad específica, sino que por el contrario, la hace extensiva a todos los modelos sociales existentes en el derecho societario patrio. Y esto es así precisamente por que todos los tipos sociales, algunos con mayor restricción que otros, son susceptibles de ser controlantes de otras sociedades, a la vez que controladas por diferentes entes. Sin embargo, la limitación que algunas clases de sociedades presentan para modificar la integración de los socios que participan en el capital, como sería el caso de las sociedades colectivas, en comandita (para sus socios gestores y comanditarios en el caso de la simple) y de responsabilidad limitada, nos lleva a considerar que la clase de control que se estudiará a lo largo del trabajo, tiene una aplicación preferencial y más práctica, aunque no exclusiva, en las sociedades por acciones (incluyendo las comanditarias por acciones, en donde el régimen, para los socios comanditarios, por regla general, es el mismo que el de las anónimas).

Esto es así, precisamente por la naturaleza de las sociedades que comúnmente se generalizan bajo el nombre de personalistas, por el predominio del *intuitu personae*, que concreta una dificultad para los socios a la hora de enajenar o ceder su participación en el capital, a un tercero extraño a la sociedad, sin el consentimiento de los demás socios, o sin la introducción de reformas estatutarias¹. Es en este punto donde radica la peculiaridad de las sociedades por acciones (en adelante generalizadas como anónimas), en la cuales la regla general es la libre transmisibilidad de las acciones (forma como los socios participan en el capital), haciendo a este tipo social de naturaleza negociable. Dado el carácter descrito de la sociedad anónima, ésta tiene mayor posibilidad de ser dominada por terceros, a través de la participación de aquéllos en el capital social, quienes al suscribir las acciones de la sociedad, pueden modificar, aun fácilmente la estructura de control dada en ésta.

1 “Como es sabido, la naturaleza de las sociedades personalistas y el predominio del *intuitu personae* determina que generalmente, el socio no pueda transmitir a un extraño el interés que tenga en la compañía sin que preceda el consentimiento de los demás socios...” GARCÍA LUENGO, BERNABÉ, *Limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones. Derecho de sociedades*, Editorial Olata, 1991, lectura programada en el curso de derecho de sociedades, pág. 169.

I. CONCEPTO Y CLASES DE CONTROL

El artículo 26 de la Ley 222 de 1995², modificatorio del artículo 260 del Código de Comercio, definió el estado de subordinación o control en el que se puede encontrar una sociedad, frente a otra u otras sociedades, o incluso frente a personas naturales o entes no societarios. Según este artículo, para que se configure tal situación, se requiere que el poder de decisión de la sociedad se encuentre sometido a la voluntad de su controlante (matriz), bien sea directamente, caso en el que la subordinada se llamará filial, o a través o con la participación de subordinadas de la matriz, caso en el que la controlada se denominará subsidiaria.

Del análisis de la disposición en comento se pueden concluir varios puntos importantes. Como primera medida, la norma acepta que el control sea ejercido por personas diferentes a las sociedades, como adelante se explicará, no ocurriendo lo mismo con quienes son controlados, ya que la norma lo circunscribe a entes de carácter societario exclusivamente³. De igual modo, se observa que la reforma introduce dos categorías de sociedades subordinadas⁴, que son las filiales, las cuales la matriz controla directamente, y las subsidiarias, que se controlan a través o con la participación de las subordinadas de la sociedad matriz. Otra conclusión importante, es que el artículo, permite la posibilidad de varias sociedades controlantes al mismo tiempo, sin limitar el control sobre una sociedad, a una única sociedad o persona. Es de esta manera que se configura el denominado control conjunto del que más tarde se hará mención.

A. Presunciones de subordinación

El artículo 261 del Código de Comercio, modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995⁵, enunció una serie de casos en los que se presume la existencia de la

2 Artículo 26 Ley 222 de 1995: “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”.

3 REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, *Reforma al régimen de sociedades y concursos*, 2ª edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1999, pág. 162.

4 *Ibidem*, pág. 163.

5 Artículo 27 Ley 222 de 1995: “Presunciones de subordinación. 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.

subordinación, si los presupuestos de hecho se configuran. Estos casos son, el denominado control por participación en el capital social, el llamado control externo o contractual y por último la subordinación por el control de las votaciones en las asambleas de socios o juntas generales.

Los tres casos mencionados, que no se excluyen entre sí, al configurarse, someten el poder de decisión de la sociedad controlada a la voluntad de otra u otras personas. Pero estos casos no son taxativos, por lo que cualquier situación que comporte el mismo resultado, configurará la situación de subordinación.

1. Control interno por participación en el capital

Se verifica cuando se posea más del 50% del capital en la subordinada, sea directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, o las subordinadas de éstas.

Por ser este tipo de control el tema central del escrito, se ampliará posteriormente su visión.

2. Control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria

Esta modalidad se presenta cuando se tiene el poder de voto en las juntas de socios o en las asambleas de accionistas, o por tener el número de votos necesario para elegir la mayoría de los miembros de junta directiva, si la hubiere.

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 necesarios 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.

Párrafo 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.

Párrafo 2º Asimismo, 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”.

Este es un criterio que complementa al anterior, para poder determinar qué grupo es el controlador de la sociedad en aquellos casos en que el capital social está atomizado en pequeños inversionistas⁶.

3. Control externo

Esta forma de control también se ha denominado “subordinación contractual” y se verifica mediante el ejercicio de influencia dominante (en términos del numeral tercero del artículo 27 de la Ley 222 de 1995) en las decisiones de los órganos de administración, en razón de un acto o negocio celebrado con la sociedad controlada o con sus socios.

Como más arriba se mencionó, todos los tipos sociales existentes en la legislación colombiana son susceptibles de dominar o ser dominados, por la configuración de cualquiera de los supuestos en los que se someta la voluntad de una sociedad a la voluntad de otra persona. Sin embargo, como también lo habíamos mencionado, consideramos que la sociedad anónima es el tipo social más accesible a ser controlado (por medio de la primera presunción mencionada), por la facilidad con la que pueden ser intercambiados los socios que participan en el capital, a diferencia de las demás sociedades, las que a pesar de no estar e imposibilidad de mutar sus socios, se les dificulta mucho más hacerlo.

B. Control interno por participación en el capital

Este es el control que nace por la participación que tiene la sociedad o sociedades, persona o personas naturales o entes de carácter no societario, en el capital social de la sociedad subordinada. La ley exige que para que se presuma el control, más del 50% del capital de la sociedad debe pertenecer al controlante o controlantes directamente o a través o con el concurso de sus demás subordinadas. Un ejemplo podría aclarar este aspecto. Cuando se dice “con el concurso de sus subordinadas”⁷, no se requiere que el porcentaje requerido pertenezca en su totalidad a la controlante, sino que ésta puede participar con un 30% por ejemplo, y una filial suya con otro 30% del capital de la sociedad en cuestión, dándose así el control indirecto por el concurso de subordinada. Ahora el caso del control indirecto “a través” de subordinada, se daría cuando una filial de la sociedad matriz, por ejemplo, es dueña

6 REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, *Reforma al régimen de sociedades y concursos*, 2ª edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1999, pág. 168.

7 Artículo 26 Ley 222 de 1995.

del 53% de la sociedad en cuestión (la subordinada), siendo de esa manera, subsidiaria de la sociedad matriz, sin que se necesite que esta última tenga participación en el capital de aquélla.

La participación en el capital social de la controlada por parte del controlante, le otorga a éste la categoría de socio, y como consecuencia de ello, todos los demás efectos que de tal calidad se deriven. Las acciones de las que es propietario le otorgan los derechos políticos y económicos que le corresponden, por lo que la persona socia podrá intervenir directamente en las decisiones trascendentales de la sociedad. De la posibilidad de votar y decidir es que se deriva el control directo que una tiene sobre la otra, y a través de la cual somete su poder de decisión a la voluntad de la primera. Esta es la razón por la cual, la ley excluyó las acciones sin derecho a voto, del cómputo de la participación, ya que a través de ellas no se puede tomar ninguna decisión.

En el derecho societario español, también se prevé la figura del control interno, pero con una variante que llama la atención. En dicha legislación, a este fenómeno se le denomina el “control de derecho”⁸, porque la ley, para fijar el porcentaje de participación en el capital de otra sociedad, que permita establecer relación de dominio, exige que se tenga la mayoría de los derechos de voto. En principio el efecto es el mismo que en nuestra legislación, sin embargo, en Colombia sí se exige ser propietario de más de la mitad del capital social, mientras que en España tal condicionamiento no se da. Sólo se exige, repetimos, tener la mayoría de los derechos de voto en la asamblea general. Esta variante, determina que en España para ejercer el control, no se requiera ser propietario de las acciones de la sociedad controlada, sino que basta con que la persona ostente los derechos de voto, así éstos sean cedidos o usufructuados y que la acción de la que se derivan no le pertenezca. En conclusión, este medio de control se asimila más a la segunda presunción consagrada en el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, que al control por participación en el capital, aunque en España a este medio de control se le denomine, control interno por participación en el capital social de la sociedad controlada, y sin perjuicio de que, aún más, en dicha legislación se consagre otro supuesto de control muy similar al recogido en el numeral 2 del artículo 27 de la mencionada ley colombiana.

Consideramos más afortunada la redacción de la legislación nacional, en tanto en cuanto exige que efectivamente el controlante sea propietario de las acciones en virtud de las cuales ejerce el derecho al voto. Nos parece esto lógico desde el

8 En este sentido, MARTÍNEZ MACHUCA, PABLO, “El fenómeno del control o de la dependencia entre las sociedades”, *Revista RdS*, Editorial Aranzadi, n° 12, 1999.

punto de vista de que, quien más arriesga en la sociedad, tiene derecho y adquiere más capacidad para tomar decisiones sobre el futuro de su inversión⁹. Este principio obedece a que quien más aporta a la sociedad, más poder decisorio tiene en ésta¹⁰.

La solución a la que ha llegado el legislador colombiano es justa y equitativa a nuestro parecer, ya que no parece correcto que quien ha invertido o arriesgado poco, o nada en la sociedad, termine tomando las decisiones trascendentales de aquélla, las que muchas veces pueden derivar en perjuicio de los demás socios y accionistas, e incluso de la misma sociedad. Sin embargo, ambas posturas obedecen a técnicas legislativas diferentes, por lo que ambas han de ser respetadas. Es importante tener en cuenta que en Colombia, también es posible que se controle la sociedad sin tener participación en ella (como es el caso de control indirecto por participación en el capital por intermedio de subordinada), en donde la matriz somete la dirección de aquélla a su voluntad. Sin embargo, para que la matriz se considere tal, es necesario que una subordinada suya sí sea propietaria de alguna parte del capital social de la dominada, requisito sin el cual no se estaría frente al control por participación en el capital.

También es indispensable tener en cuenta que, como sucede en los demás supuestos de subordinación diferentes al control por participación en el capital, la sociedad matriz ejerce influencia dominante, sin tener participación alguna en su capital, pero no son a estos casos de dominación a los que hacemos referencia en este trabajo.

Es por lo anterior, que consideramos más afortunada la redacción de la norma colombiana, cuando de subordinación por participación en el capital se trata.

C. Libre negociabilidad de las acciones

El artículo 379 del Código de Comercio colombiano¹¹, consagra los derechos que cada acción otorga a su propietario. Entre estos derechos, se establece que el socio podrá negociar libremente las acciones, salvo que se haya estipulado el derecho de preferencia a favor de la sociedad, de los demás accionistas, o de ambos. Sin

9 Al respecto, REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, *Reforma al régimen de sociedades y concursos*, 2ª edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1999, pág. 166.

10 *Ibidem*.

11 Artículo 379 Código de Comercio: “Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos:
1. El de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ella;

embargo, el artículo 403¹² del mencionado estatuto, incluye un listado de situaciones en las que se impone excepciones a la libre negociabilidad de las acciones. De lo anterior se colige que la regla general es la libre transmisibilidad de las acciones, salvo algunas excepciones expresamente consagradas.

La estabilidad de las empresas requiere que se mantengan los recursos de éstas, pero sin obligar a los socios a la permanencia perpetua, por lo que la ley ha debido crear un mecanismo propicio para que los socios se puedan desvincular fácilmente de la sociedad, recuperando su inversión, sin que implique el detrimento de la compañía¹³. Así, la acción, cuya libre negociabilidad es la regla general, se ha erigido como la herramienta idónea para lograr estos objetivos. Sin embargo, la ley limita su libre cesión a terceros cuando se ha consagrado el denominado derecho de preferencia a favor de la sociedad o de los demás socios. Dicho mecanismo, en el que no se ahondará por no ser el objeto materia del escrito, se constituye como una barrera a la entrada de terceras personas extrañas a la sociedad. Esto implica desde luego, siempre y cuando los demás socios hagan uso de su derecho de preferencia, es decir, que suscriban las acciones enajenadas por los demás socios, una imposibilidad para el acceso de terceras personas a la participación en el capital, y consecuentemente, una imposibilidad para entrar a controlar la sociedad a través de dicho supuesto. Los demás socios, o incluso la misma sociedad adquieren las acciones que ofrece el socio que desea retirarse, o las suscriben cuando la misma sociedad es quien las emite, evitando así que alguien diferente de los antiguos socios sea quien pueda controlar la empresa.

2. El de recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio, con sujeción a lo dispuesto en la ley o en los estatutos;

3. El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia en favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos;

4. El de inspeccionar, libremente, los libros y papeles sociales dentro de los quince días hábiles anteriores a las reuniones de la asamblea general en que se examinen los balances de fin de ejercicio, y

5. El de recibir una parte proporcional de los activos sociales, al tiempo de la liquidación y una vez pagado el pasivo externo de la sociedad”.

12 Artículo 403 Código de Comercio: “Las acciones serán libremente negociables, con las excepciones siguientes:

1. Las privilegiadas, respecto de las cuales se estará a lo dispuesto sobre el particular;

2. Las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia...”.

13 “...La estabilidad de las grandes empresas demandan la permanencia indefinida de los recursos financieros aportados por los socios y la repugnancia a las vinculaciones indefinidas ha exigido de instrumentos técnicos que permitan a aquéllos recobrar sus fondos sin peligrar la estabilidad del patrimonio social. Tal instrumento técnico ha sido la acción dotada de libre transmisibilidad...”. GARCÍA LUENGO, BERNABÉ, *Limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones. Derecho de sociedades*, Editorial Olata, 1991, lectura programada, pág. 169.

Con todo, es interesante ver cómo al socio, a pesar de restringírsele la negociabilidad de la acción, no se le impide el retiro de la sociedad, con lo que no se desvirtúa el carácter negociable de la sociedad por acciones.

La legislación española consigna, al igual que la colombiana, el principio de la libre transmisibilidad de las acciones. Sin embargo, aquélla fue un poco más profunda que ésta, estableciendo que este principio tiene un valor relativo que se manifiesta en aquellos casos en que la misma ley o los estatutos sociales son los que restringen la libre cesibilidad de la participación en el capital de las sociedades anónimas. Y fue un poco más allá porque no lo circunscribe al derecho de preferencia, sino que admite que los propios estatutos sociales, establezcan las situaciones en que este derecho no opere plenamente¹⁴, pero exigiendo que tales cláusulas estatutarias no hagan imposible la cesión de las acciones. Entonces, en la legislación española se permite acordar por la sociedad, los motivos en que se limita este derecho, sin que implique una imposibilidad total para enajenarlas.

1. Las otras sociedades

Siguiendo con el hilo conductor del trabajo, acceder a controlar la sociedad por participación en el capital es más fácil en las sociedades por acciones, en las que es posible mutar sin dificultad, salvo los casos vistos en que se limita, la integración de los socios que participan en el capital. Éstos pueden negociar sus acciones, por regla general, sin necesidad del consentimiento de las demás asociados, y aun sin que éstos lo conozcan, con el único requisito de inscribir la cesión en el libro de registro de accionistas para que produzca efectos frente a la sociedad y terceros, establecido en el artículo 406 del Código de Comercio¹⁵.

Como ya se anotó, esta es la nota característica de las sociedades por acciones, que la hacen diferente y especial frente a las demás sociedades consagradas en la legislación societaria colombiana. El caso de las sociedades de responsabilidad limitada, en el que se concede al socio el derecho de ceder sus cuotas, siempre y cuando de obre por medio una reforma estatutaria, se muestra como típico en el que se dificulta mucho el ingreso de terceros a participar en el capital. Y ni hablar

14 Al respecto, GARCÍA LUENGO, BERNABÉ, *Limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones. Derecho de sociedades*, Editorial Olata, 1991.

15 Artículo 362 Código de Comercio: “Los socios tendrán derecho a ceder sus cuotas. Cualquier estipulación que impida este derecho, se tendrá por no escrita.

La cesión de cuotas implicará una reforma estatutaria. La correspondiente escritura pública será otorgada por el representante legal de la compañía, el cedente y el cesionario”.

de las sociedades colectivas, en las que, para poder ceder su interés en la sociedad se requiere la aceptación de los demás socios colectivos. Este es un caso aún más significativo de la dificultad para los terceros para acceder al control de tal sociedad, por medio de la participación en el capital social. Baste reiterar una vez más, que no se desconoce la aptitud de todos los tipos sociales para ser dominados por medio del control interno, aunque en algunos, es más difícil que tal situación se dé. Por último, valdría la pena hacer ver cómo, las sociedades que se han mencionado acá (generalizadas más arriba como personalistas), constituyen una viva muestra de la forma de perpetuar indefinidamente el control social en manos de los mismos socios, sin que sea fácil modificar la estructura interna del control, razón por la cual se ha escogido este tipo social, entre otras razones, como vía para conservar el carácter familiar de muchas empresas.

II. EL CONTROL CONJUNTO

De la redacción del artículo 26 de la Ley 222 de 1995, varias veces citado a lo largo del trabajo, se desprende claramente la existencia del control conjunto.

El artículo menciona la posibilidad de que una sociedad esté controlada por otra u otras que serán su matriz o controlante. Asimismo, y como más adelante se ahondará, también se reconoce la posibilidad del control no societario, es decir, el ejercido por personas naturales o por entes de naturaleza no societaria. Es por esto que para efectos de este punto, generalizaremos el concepto de matriz como el de una o varias personas.

Es de esta manera que la misma ley reconoce la existencia de este fenómeno cuando dos o más personas, por medio de la participación en el capital pueden someter el poder de decisión de una sociedad a su voluntad. Algunos autores como el profesor ENRIQUE GAVIRIA¹⁶, estiman necesario la existencia de un pacto previo entre los múltiples controlantes, en el sentido de que sus decisiones se emitan en una misma dirección para ejercer el control efectivo. Sin embargo, dicho pacto o acuerdo no es necesario que se configure por escrito, porque la situación de control se presenta por el sólo hecho de someter la voluntad. Es decir, que si bien es cierto que se requiere que los controlantes actúen de común acuerdo, no se requiere que se plasme por escrito, para que se pueda imponer la voluntad colectiva.

16 En este sentido ENRIQUE GAVIRIA, citado por la resolución 1960 del 21 de diciembre de 1999 de la Superintendencia de Sociedades: «Cuando un porcentaje mayoritario del capital no pertenezca a una sino a varias personas no podrá decirse, en principio, que el grupo conformado por éstas ejerce control sobre la sociedad, a menos que todas ellas se hayan puesto de acuerdo para que, a lo largo de un cierto período, emitan sus votos en un sentido uniforme y logren así imponer su voluntad colectiva»

Consideramos entonces que, si el capital social de una sociedad está distribuido entre varias personas, de las cuales ninguna tiene el porcentaje suficiente para controlar por sí sólo la empresa, no se podrá hablar de un control conjunto si los diferentes socios no guían sus decisiones en el mismo sentido para imponer a la sociedad su voluntad común.

A. La unanimidad de las decisiones no desvirtúa el control

No se puede caer en el error de estimar que la unanimidad de las decisiones de la sociedad hace que desaparezca el control, o que sea muestra de la inexistencia de tal fenómeno. La ley en ningún momento exige que exista conflicto¹⁷ en las decisiones, y que de tal forma la visión de unos se imponga sobre los otros. La ley únicamente exige que los controlantes tenga la posibilidad de someter la decisión de la empresa a su voluntad, lo que se logra por diferentes medios, entre ellos, por el control en el capital, así que si tal capacidad se da en la práctica, es suficiente para configurar la situación de subordinación. Nada impide que en la práctica, el grupo controlador, por su buena gestión, se haga merecedor del respaldo de los demás socios minoritarios, y en consecuencia, éstos voten de la misma manera a como lo hacen aquéllos, logrando unanimidad en las decisiones. Pero que tal unanimidad se dé no implica, que no exista el grupo controlador, o que éstos no estén en capacidad de subordinar la empresa, sino que simplemente todos estén de acuerdo. Y esto es lógico, en la medida en que, por regla general, los asociados han de querer que la empresa sea rentable, para lo cual toman las decisiones que a ésta más le convengan, las cuales no es raro, que los demás apoyen. Finalmente, entendemos que la aplicación del régimen de matrices y subordinadas no puede pender de virtuales desacuerdos en la toma de decisiones, por lo que la construcción jurídica hecha por la ley, se aplica siempre que la posibilidad de imponer a una sociedad la voluntad de otra, esté presente¹⁸.

17 “...El tema de control no exige como elemento esencial «conflicto» o diversidad de votos entre los asociados, puesto que lo que establece la ley es que existan circunstancias que permitan ejercer una influencia dominante en una sociedad y en el caso de los grupos la existencia de elementos vinculantes en la dirección de las empresas...”, Resolución 125-001620 del 17 de septiembre de 2001, Superintendencia de Sociedades.

18 “...Si bien el régimen de grupos busca, entre otros objetivos, la protección de los socios minoritarios, la estructuración jurídica de los conglomerados no puede depender de la eventual diversidad de voto de los asociados, sino que se basa en la posibilidad real y efectiva que una o más personas tengan de imponer su poder de decisión sobre una o más sociedades...”, Resolución 125-001620 del 17 de septiembre de 2001, Superintendencia de Sociedades.

III. EL CONTROL NO SOCIETARIO

Como en varios apartes del trabajo se ha adelantado, el régimen de sociedades matrices y subordinadas contenido en la reforma introducida por la Ley 222 de 1995 al Código de Comercio, acepta expresamente la posibilidad de que el dominio sobre una sociedad, sea ejercido por una o varias personas naturales, o por una o varias personas jurídicas de naturaleza no societaria. No ocurre lo mismo con el ente sujeto a subordinación, ya que la ley no prevé la posibilidad de que sea alguien diferente a una persona jurídica de carácter societario. Llegamos a esta conclusión, en primera medida porque las personas naturales no son susceptibles de ser representadas en acciones (u otras formas de participación en el capital, como sí lo son las sociedades), por lo que el fenómeno del control por participación en el capital es impracticable. En segunda medida, y como bien lo ha entendido la Superintendencia de Sociedades¹⁹, el legislador no encontró sentido en abrir esta posibilidad a entes de carácter no societario, en donde por obvias razones es poco atrayente invertir, precisamente por su carácter no lucrativo. Es así como, solamente los entes controlantes pueden ser personas diferentes a las sociedades.

A. Control por personas naturales

El párrafo 1 del artículo 27 de la Ley 222 de 1995, expresamente consagra la posibilidad de que una persona natural pueda ser controlante o matriz de otra u otras sociedades. Es por esto, que la calidad de matriz o controlante se puede predicar indistintamente de una persona jurídica o de una persona natural, ya que la ley lo que quiso fue hacer prevalecer el hecho efectivo del control sin importar de quien provenga éste. Así, las presunciones de subordinación, son también perfectamente predicables de personas naturales, ya que éstas, por sí mismas pueden participar en el capital de otra u otras empresas, así como ejercer el control por medio de sus subordinadas.

Es totalmente posible en la realidad la ocurrencia de este supuesto. Una persona natural (a quien denominaremos Juan), adquiere el 60% de las acciones de la empresa “triple B”. Esta empresa a su vez, participa en el capital de LLL, en un porcentaje del 20%, en donde Juan tiene otro 40%. De este ejemplo se presume que Juan ostenta el control de la sociedad triple B de manera directa, la cual es su filial, y de manera indirecta de la sociedad LLL, con concurso de la filial. Con este ejemplo podemos ver cómo en la práctica una persona natural puede ser matriz de una o varias sociedades al mismo tiempo.

19 Oficio 220-58.013, 5 diciembre de 1996. Superintendencia de Sociedades.

Finalmente es importante rescatar que la ampliación que hace la norma a personas naturales y jurídicas de carácter no societario para ser controlantes, rompe el esquema del Código de Comercio²⁰, en el que sólo se predicaba tal calidad de sociedades, y en donde no se consideraba técnicamente la existencia de control cuando una persona natural o jurídica no societaria sometía la decisión de una sociedad a la voluntad de aquélla.

IV. CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

Ya para terminar el estudio de la adquisición de control por medio de la participación en el capital, valdría la pena hacer una breve mención a la forma como se pueden subordinar sociedades resultantes de una integración o concentración empresarial.

En la legislación colombiana las figuras más comunes de concentración son la fusión y la escisión. La primera de ellas es la operación de concentración empresarial por excelencia²¹, ya que a través de ella una o más sociedades se disuelven sin liquidarse para ser absorbidas por otra u otras, o para crear una nueva, según lo dispone el artículo 172 del Código de Comercio.

Por su parte, la escisión se presenta cuando, según el artículo 3 de la Ley 222 de 1995, una sociedad se disuelve sin liquidarse dividiendo su patrimonio en una o más partes, que serán transferidas a una o varias sociedades existentes, o se destinarán a la creación de una nueva. Sin embargo, existe otra modalidad de escisión, también contemplada en el mismo artículo, por la que una sociedad sin disolverse, transfiere en bloque una o más partes de su patrimonio a sociedades existentes, o se destinan a la creación de una nueva.

La consecuencia más importante que producen estas operaciones, para efectos de este trabajo, aclarando que no es la única, es que los socios que participaban en el capital de las sociedades escidentes o fusionadas, por virtud de la operación, se vuelven socios de las sociedades nuevas o beneficiarias.

De este modo es posible que una sociedad que acaba de nacer, por virtud de la fusión por creación, o de la escisión destinada a crear nuevas sociedades, se

20 "...permite que la misma pueda ser predicada de cualquier clase de sujeto de derecho, sin distinguir si se trata de personas naturales o jurídicas, societarias o no, rompiendo así el esquema tradicional concedido por el Código de Comercio de 1971, en el que se consideraba que el control siempre debía ser ejercido por un ente societario...", oficio n° 22050924 del 12 de noviembre de 1996, Superintendencia de Sociedades.

21 Al respecto, FRANKLIN CRUZ, RICHARD, "Introducción al estudio del control de las concentraciones empresariales en la Unión Europea y en Colombia", revista *Universitas*, n° 101, junio 2001, Bogotá, Colombia, pág. 549.

encuentre sometida a control por participación en el capital, aun empezando su vida jurídica. Asimismo es muy posible que una sociedad que inicialmente no se encontraba dominada, al absorber a otra sociedad, por medio de la fusión por absorción o de la escisión absorción, llegue a quedar dominada por los socios de la sociedad absorbida, quienes antes de la operación dominaban a ésta. Estos supuestos que mencionamos son muy factibles que se den en la realidad, derivados del principal efecto, que para nuestro interés, producen las operaciones. Sin entrar a ahondar en mayores explicaciones, debido a que estaríamos desbordando la intención de este escrito, explicaremos brevemente en qué consiste tal efecto. Como ya se mencionó, los socios de la sociedad fusionada o absorbida, por el hecho de la operación, adquieren participación en el capital de la sociedad nueva o beneficiaria como contraprestación a los aportes patrimoniales que éstos hacen en las sociedades nuevas o beneficiarias. Así, los socios adquieren acciones u otras formas de participación en el capital, de las nuevas acciones, pudiéndose configurar en dado caso el control siempre y cuando se adquiera más del 50% del capital, para dominar directamente, o indirectamente si este porcentaje no se alcanza.

CONCLUSIONES

El régimen de matrices y subordinadas contenido en la Ley 222 de 1995, con la cual se le introducen reformas al Código de Comercio, incluye entre sus estipulaciones, presunciones de subordinación societaria, al igual que otros conceptos como el de control conjunto y control no societario.

Este régimen es aplicable a todos los tipos sociales por igual, ya que todos tienen la posibilidad de ser dominantes y dominadas por otros entes. Sin embargo, en cuanto al control por participación en el capital, dado la dificultad que algunos tipos societarios presentan para modificar con facilidad la integración de los socios que participan en su capital, consideramos que este supuesto tiene una aplicación más amplia y más práctica en las sociedades por acciones. Esto es así por que los accionistas, gracias al principio general de la libre negociabilidad de las acciones, pueden enajenar o ceder su participación en el capital más fácilmente, lo que hace a éstas sociedades más accesibles a la entrada de terceros quienes pueden modificar la estructura del control interno de la sociedad.