

OFICIO: 220-130026 04 DE JULIO DE 2023

ASUNTO: UN MENOR DE EDAD NO PUEDE EJERCER EL CONTROL DE UNA SOCIEDAD – ARTÍCULOS 26 Y 27 DE LA LEY 222 DE 1995 – PATRIA POTESTAD.

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia, por medio de la cual realiza la siguiente consulta:

“Sírvese informar si un menor de edad (menor de un año de nacido), podrá ejercer el control de una sociedad por acciones simplificada (S.A.S.) debido a que es propietario del más del 50% del capital (acciones), y son precisamente sus padres quienes obran por conducto de la patria potestad, tal como lo establece el artículo 307 del Código de Comercio (sic).

Lo anterior, teniendo en cuenta que en el marco de las presunciones de subordinación, expuestas en el artículo 261 del Código de Comercio no detallan restricciones para ostentar la calidad de controlante, y el Oficio 220-085791 del 3 de agosto de 2011 de la Superintendencia de Sociedades, establece que éstos podrán ser socios u accionistas de ,(sic) siempre que actúen por conducto de sus representantes o con su autorización, tal como se evidencia en el presente caso”.

Sobre el particular, me permito manifestarle que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 11, numeral 2 del Decreto 1736 de 2020 y el artículo 2 (numeral 2.3) de la Resolución 100-000041 del 2021 de esta Entidad, emite conceptos de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, que no se dirigen a resolver situaciones de orden particular, ni constituyen asesoría encaminada a solucionar controversias o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto, se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, no comprometen la responsabilidad de la Entidad, no constituyen prejuzgamiento y tampoco pueden condicionar ni comprometer el ejercicio de sus competencias judiciales o administrativas en una situación de carácter particular y concreto.

Con el alcance indicado, este Despacho procede a estudiar su inquietud, conforme las normas legales vigentes sobre la materia y la realización de las siguientes consideraciones, advirtiéndole que, toda vez que el caso al que se refiere su consulta es particular, la entidad no se referirá concretamente al mismo y, en consecuencia, la respuesta que en este escrito se emita se realiza en términos generales y abstractos, más no referida a la situación particular planteada en su consulta.

Entrando en materia, es pertinente citar las normas legales atinentes al caso que nos ocupa:

1. CÓDIGO CIVIL:

“ARTÍCULO 288. *(Artículo subrogado por el artículo 19 de la Ley 75 de 1968)*
La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.

Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia.”

ARTÍCULO 307. *(Artículo modificado por el artículo 40 del Decreto 2820 de 1974)*

Los derechos de administración de los bienes, el usufructo legal y la representación extrajudicial del hijo de familia serán ejercidos conjuntamente por el padre y la madre. (...).

2. CÓDIGO DE COMERCIO:

“ARTÍCULO 103. *Los incapaces no podrán ser socios de sociedades colectivas ni gestores de sociedades en comandita.*

En los demás casos, podrán ser socios, siempre que actúen por conducto de sus representantes o con su autorización, según el caso”

3. LEY 222 DE 1995:

“ARTÍCULO 26. SUBORDINACION.

El artículo 260 del Código de Comercio quedará así:

Artículo 260. 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 control ante, 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 27. PRESUNCIONES DE SUBORDINACION.

El artículo 261 del Código de Comercio quedará así:

Artículo 261. 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 1. *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 2- *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.”*
(Negrilla fuera del texto)

De otra parte, con relación a un menor de edad que tiene en el capital de una sociedad una participación superior al 50%, es preciso recordar el Oficio 125-244964¹ que en los apartes pertinentes expresó lo siguiente:

“(…) verificado el certificado de existencia y representación legal de la sociedad (…) se observó que la revelación del control es incorrecta y/o incompleta, pues se revela como controlante al menor de edad, (…) identificado con tarjeta de identidad (…), si bien es titular de una participación superior a 50% del capital social de la compañía, lo que en principio es indicativo de control, dicha condición se encuentra limitada ante la imposibilidad de gozar de manera plena de su capacidad de ejercicio, es decir, de desarrollar los derechos políticos y económicos que como accionista tiene.

Precisado lo anterior, de conformidad con el Código Civil, Código de Comercio y el artículo 2 de la Ley 222 de 1995, aquellos que tienen capacidad relativa, requieren de una persona que los represente en todo negocio o acto jurídico, en este caso, son los padres, (…) quienes en ejercicio de la patria potestad ostentan dicha calidad, y en realidad tienen la facultad de imponer su voluntad en los órganos sociales. (…)”

Igualmente, la Superintendencia de Sociedades, sobre un supuesto de hecho similar, expresó lo siguiente mediante Resolución 302-004590²:

“(…)

CUARTO. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

(…)

Lo anterior, con fundamento en su participación accionaria directa, superior al 50% del capital social, en la sociedad de la referencia, en calidad de subordinada, teniendo en cuenta que el menor (..) es el accionista mayoritario.

¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 125-244964 (24 de diciembre de 2021). Asunto: Sometimiento al “Plan de Normalización del Registro de Situaciones de Control y Grupos Empresariales”.

² COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Resolución 302-004590 (marzo 24 de 2022) “Por medio de la cual se decreta la apertura de una investigación administrativa y se formulan cargos.



No obstante, por tratarse de un menor de edad, cuya capacidad de ejercicio se encuentra limitada de manera temporal, son sus padres (...), conjuntamente con arreglo a la patria potestad, los representantes legales y administradores de los bienes de los cuales él es titular.

Así que, es de ellos, de forma conjunta, de quienes finalmente se predica la condición de controlantes, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 260 y 261, numeral 2°, del Código de Comercio, toda vez que el poder de decisión, en este caso, se materializa en el derecho a emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la asamblea general de accionistas, prerrogativa que, se insiste, se encuentra en cabeza de los padres (...)."

Ubicados en el amplio escenario anterior, teniendo en cuenta las normas legales aplicables a la situación que nos ocupa y los pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades, este Despacho procede a responder su consulta en los siguientes términos:

"Sírvese informar si un menor de edad (menor de un año de nacido), podrá ejercer el control de una sociedad por acciones simplificada (S.A.S.) debido a que es propietario del más del 50% del capital (acciones), y son precisamente sus padres quienes obran por conducto de la patria potestad, tal como lo establece el artículo 307 del Código de Comercio (sic)."

Conforme a lo expuesto a lo largo del presente concepto, la respuesta a su inquietud es negativa.

El artículo 26 de la Ley 222 de 1995 (artículo 260 del Código de Comercio), reconoce que el control puede ser ejercido por cualquier persona, es decir, por personas naturales o jurídicas (tanto sociedades como personas jurídicas de naturaleza no societaria).

Ahora bien, el poder de decisión que tenga una o varias personas sobre una sociedad, es lo que determina la configuración de una situación de control o subordinación sobre la misma.

El artículo 27 de la Ley 222 de 1995 consagra unas presunciones legales de control (no taxativas), que admiten prueba en contrario, dirigidas fundamentalmente a determinar quién es la persona o personas que tienen el poder de decisión sobre la sociedad.

Es preciso tener en cuenta que en una situación de control se identifican dos extremos esenciales, por un lado, una o varias personas que ejercen el control y por el otro, una o varias sociedades que están siendo controladas.

En este orden de ideas, cuando en la composición del capital de una sociedad, un menor de edad tiene una participación superior al 50%, el control del ente jurídico lo tienen, única y exclusivamente, quienes ejercen la patria potestad del menor, pues son éstos quienes tienen el poder de decisión sobre la sociedad, el cual, en este caso, se materializa en el derecho a emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la asamblea general de accionistas.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y el aplicativo Tesauro.