

OFICIO 220- 185798 28 DE AGOSTO DE 2023

ASUNTO HABITUALIDAD EN EL COMERCIO.

Me refiero a su comunicación radicada en esta entidad con el número de la referencia mediante la cual formula la siguiente consulta:

“Amablemente, me gustaría solicitar que se me indique que se entiende por el concepto de habitualidad

En específico realizo la consulta, toda vez que el parágrafo 3 del artículo 20 del código de comercio menciona que son actos comerciales “3) el recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo, y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés. Agradecería que se me remita doctrina, jurisprudencia o algún tipo de sustento normativo relativo a dicha respuesta.”

Sobre el particular, es preciso señalar 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 numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1736 de 2020 y el numeral 2.3 del artículo 2 de la Resolución 100-000041 de 2021 de Entidad, emite conceptos de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, que no se dirigen a resolver situaciones de carácter particular, ni constituyen asesoría encaminada a solucionar controversias o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones 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, se procederá a dar respuesta al interrogante planteado y para ello se citan algunos conceptos emitidos por esta entidad:

1. Oficio 220-188158 del 29 de septiembre de 2016¹:

¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-188158 (29 de septiembre de 2016). Asunto: ADOPCIÓN DE PROGRAMAS DE ÉTICA EMPRESARIAL – RESOLUCIÓN 100-002657 DEL 25 DE JULIO DE 2016 - RAD 2016-01-426844 DEL 22 DE AGOSTO DE 2016. Disponible en: <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159040/OFICIO+220-188158.pdf/0425226a-7e48-a676-280e-875cac7d5c3?version=1.2&t=1670902304185>

“(…)

Para entender qué se entiende por la locución de manera habitual, se debe aplicar la regla prevista en el artículo 28 del Código Civil, a cuyo tenor “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

Así resulta que al no atribuirse otro significado distinto, el sentido natural de la expresión, remite a la definición contenida en el diccionario de la lengua española, de acuerdo con el cual se tiene que “habitual” es: “...que se hace, padece o posee con continuación o por hábito (...)”. (Subrayado fuera del texto)

2. Oficio 220-116067 del 13 de agosto de 2021:

“(…)

ART 10. Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en algunas de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere, aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediarios o interpuesta persona”

“ART 13. Para todos los efectos legales, se presume que una persona ejerce el comercio en los siguientes casos:

1. Cuando se halle inscrita en el registro mercantil;
2. Cuando tenga establecimiento de comercio abierto, y
3. Cuando se anuncie al público como comerciante por cualquier medio”.

A su vez, el artículo 20 ibídem, indica los actos que se consideran como mercantiles, y el artículo 21 señala que “Se tendrán así mismo como mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales”

Sobre el particular, éste Despacho ha manifestado:

“(…) iii) De lo expuesto es claro que las personas naturales adquieren la calidad de comerciante por el hecho de ejercer actividades calificadas como de comercio o ejercer actos de comercio (Artículo 20 del Estatuto Mercantil), por inscribirse

en el registro mercantil como tal, por abrir un establecimiento de comercio al público y por anunciarse como comerciante por cualquier medio.

iv) De lo anterior se evidencia claramente que, el hecho que otorga la calidad de comerciante a una persona es la realización por parte de ésta de actos de comercio de manera profesional, habitual y no ocasional, tal y como lo establece el artículo 11 ejusdem, cuando señala: “las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes en cuanto a dichas operaciones.”.

Si nos detenemos un poco en la expresión profesionalmente, podemos concluir que, aunque se desarrolle una actividad mercantil, se es comerciante sólo si se hace de forma profesional. A manera de ejemplo, si una persona natural vende su casa, o sus muebles, no lo está haciendo de forma profesional ni habitual, es un acto ocasional que en ningún momento lo convierte en comerciante.

v) Ya tenemos claro que los comerciantes son las personas que en los términos señalados por la ley ejercen actividades mercantiles, de ahí que el artículo 20 del Código de Comercio, enumera cada una de las actividades que la ley considera como mercantiles para todos los efectos legales.”² (Subrayado fuera del texto)

En similares términos el Honorable Consejo de Estado se refirió sobre el tema en sentencia del 23 de septiembre de 2021:

“(…)

Atendiendo a la definición de actividad comercial para efectos del ICA, prevista en el artículo 35 de la Ley 14 de 1983, se concluye que «están gravados con ICA los dividendos percibidos por las sociedades que de manera habitual, es decir, dentro de su giro ordinario de los negocios, ejecutan el acto de comercio previsto en el numeral 5 del artículo 20 del Código de Comercio.”³ (Subrayado fuera del texto)

2 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. OFICIO 220-116067 (13 de agosto de 2021). Asunto: Régimen de insolvencia aplicable a persona natural comerciante. Disponible en:

<https://tesauro.supersociedades.gov.co/jsonviewer/wYHu7oEB4r6qVUO6ixRR>

3 CONSEJO DE ESTADO. SENTENCIA 05001233300020170219201 DE 2021 (septiembre 23) C.P. Stella Jeannette Carvajal Pasto. Disponible en:

https://samai.consejodeestado.gov.co/Vistas/Casos/list_procesos.aspx?guid=050012333000201702192011100103

En consecuencia, la habitualidad en el comercio hace referencia a una actividad que está comprendida dentro del giro de los negocios de la persona natural o jurídica, y que se ejerce manera continua.

En los anteriores términos se ha atendido su inquietud, no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que en la Página WEB de esta Entidad puede consultar directamente la normatividad y los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia, así como el aplicativo Tesauro donde podrá consultar la doctrina jurídica y la jurisprudencia mercantil de la entidad.