

OFICIO 220-049819 DEL 23 DE ABRIL DE 2021

ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA CALIDAD DE COMERCIANTE DE UNA PERSONA NATURAL.

Acuso recibo del escrito citado en la referencia, mediante el cual el Grupo de Análisis y Regulación Contable de esta Entidad realizó traslado de las preguntas 1, 2, 5, 6 y 8 de su solicitud con número de radicado 2021-01-049620, relativas a la calidad de comerciante y a las obligaciones de estos respecto de la contabilidad y la posible existencia de una situación de control.

Antes de resolver lo propio, debe reiterarse que la competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones se hayan enmarcadas en los términos del numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1736 de 2020.

Así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1736 de 2020, es función de la Oficina Asesora Jurídica de esta Entidad absolver las consultas jurídicas externas en los temas de competencia de la Superintendencia de Sociedades, salvo las que correspondan a actuaciones específicas adelantadas por las dependencias de la Entidad y, en esa medida, emite un concepto u opinión de carácter general que como tal no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

También es procedente informarle que, para efecto del conteo del término en la atención de su consulta, mediante el artículo 5º de la parte resolutive del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, con ocasión de la emergencia sanitaria derivada del Coronavirus COVID-19 y mientras ésta se mantiene, el Gobierno Nacional amplió los términos para que entidades como esta Superintendencia atiendan peticiones de consulta en treinta y cinco (35) días.

El caso a que se refiere su consulta es particular, por lo que esta Oficina no se referirá específicamente a éste; no obstante, atendiendo el derecho del consultante a ser orientado sobre el tema que le resulta de interés, se expondrán algunas consideraciones generales sobre el mismo.

Su consulta fue expuesta en los siguientes términos:

“Existe en nuestro mundo empresarial buena cantidad de personas naturales no comerciantes que son inversionistas y controlantes de buena cantidad de sociedades

mercantiles, generalmente de la totalidad o de altos porcentajes de participación, teniendo toda la influencia significativa en su control y administración.

Leyendo el **numeral 5º. del Artículo 20–Actos, operaciones y empresas mercantiles. Concepto** del Código de Comercio que reza “La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales,” es fácil inferir que los inversionistas y controlantes de muchas sociedades comerciales (principalmente muchas SAS) son comerciantes.

El **numeral 3º. del artículo 19 del mismo código** indica que es obligación de todo comerciante: “Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legal”.

Digamos que el señor Pepito Ríos (nombre hipotético) es socio y accionista de estas sociedades con sus respectivas participaciones patrimoniales. El señor Ríos además de tener las elevadas participaciones patrimoniales indicadas, **tiene toda la influencia significativa en el control y administración de todas estas sociedades: (...)**

Con base en la información anotada, les elevo las siguientes preguntas consultivas:

“1. ¿Pepito Ríos es comerciante?”

Sobre éste aspecto, la doctrina de esta Superintendencia 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.

Entre tales actividades se encuentra la intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés cuotas o acciones. (...)¹

“2. ¿Pepito Ríos se debería matricular en calidad de comerciante en la cámara de comercio de su domicilio?”

Al tenor de lo expuesto en la respuesta anterior, si para el caso se llegare a determinar la condición de comerciante, deberá entonces cumplir con las obligaciones dispuestas en la legislación y en especial lo establecido en el artículo 19 del Código de Comercio, que para su conocimiento se cita:

“Artículo 19. Es obligación de todo comerciante:

- 1) *Matricularse en el registro mercantil;*
- 2) *Inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad;*
- 3) *Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales;*
- 4) *Conservar, con arreglo a la ley, la correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios o actividades;*
- 5) *Denunciar ante el juez competente la cesación en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, y*
- 6) *Abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal.”*

“5. ¿Pepito Ríos está obligado a registrar la situación de control de él y de las sociedades indicadas de acuerdo con la Ley 222 de 1995?”

Respecto de esta obligación, esta Oficina se ha pronunciado en diferentes oportunidades, entre las cuales se encuentra el oficio 220-137060 de 2018, que señala:

¹ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-131546 (17 de septiembre de 2013). Algunos aspectos relacionados con la persona natural comerciante. [Consultado el 13 de abril de 2021]. Disponible en: [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/33574.pdf#search=C OMERCIANTE](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/33574.pdf#search=C%20MERCIANTE)

“En tal virtud como la doctrina y la jurisprudencia lo han reiterado, la calidad de controlante se puede predicar de cualquier clase de sujeto de derecho, sin distinguir si se trata de persona jurídica o personas natural, ya que la configuración de la situación de control, solo supone que el poder de decisión de la respectiva sociedad, se encuentre sometido a la voluntad de aquella persona, ya sea directa o indirectamente. De ahí que el reconocimiento de las personas naturales como controlantes cuando haya lugar, lo será para todos los efectos legales, lo que implica que a éstas como a las personas jurídicas, le son aplicables las obligaciones que los artículos 30 y 35 de la Ley 222 de 1995 establecen como efectos directamente derivados del control.”

Por su parte, es claro igualmente que la persona natural controlante, puede tener o no la condición de comerciante, para lo cual se habrá de observar la regla general descrita en el artículo 10, en concordancia con el artículo 20 y siguientes del Código de Comercio, a fin de establecer si en realidad la persona natural, como controlante de una sola sociedad, cumple con los presupuestos consagrados en la legislación nacional para ser considerada comerciante y si por ende, se entienda obligada a llevar contabilidad de conformidad con la ley colombiana (...)”

“ (...) A propósito del tema es relevante la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca quien manifiesta:

“Observa la Sala que de la normatividad transcrita se infiere que el control de las sociedades puede ser ejercido por personas tanto naturales como jurídicas, el parágrafo 1° del artículo 261 es bastante claro al señalar que habrá subordinación para todos los efectos legales, cuando el control sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria. Y el artículo 30 cuando menciona que “de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del C.Co se configure una situación de control”, es decir, está incluyendo obviamente el parágrafo 1° del artículo 261 que es parte integral del mismo, por lo que la diferenciación hecha por el apoderado en el sentido de que la persona natural puede ejercer control a las luces del artículo 261, pero no se le puede obligar a la inscripción en el registro mercantil- como lo indica el artículo 30- no es coherente, porque la consecuencia lógica e ineludible de ejercer control sobre una o varias sociedades, como la ley claramente lo indica, es la inscripción de dicha situación ante el organismo competente, a fin de que esta situación se pueda conocer públicamente y los actos del controlante persona natural o jurídica, caigan bajo la órbita de la función de policía administrativa propia de los órganos estatales de control” (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, M.P. William Giraldo Giraldo, 1° de julio de 2004).(…)”.

Lo anterior, tiene una razón de ser, especialmente porque el registro tiene un espíritu de orden público en la medida que refleja información de interés a las personas naturales o jurídicas, de derecho privado o público, quienes en tal caso pueden oponerse al mismo a través de los medios legales que para tal fin se han dispuesto, inclusive para el mismo de quien se predica el presunto control.”²

Por lo anterior, la persona natural que ejerza control respecto de una o varias sociedades, deberá realizar el registro de dicha situación en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada una de las subordinadas, en los términos del artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

“6. ¿En este caso existe relación de subordinación en los términos del artículo 27 de la Ley 222 de 1995?”

Sobre el particular, éste Despacho se ha referido en los siguientes términos:

“A ese propósito es necesario ubicar la hipótesis señalad en el contexto del marco legal correspondiente.

En el actual postulado el artículo 260 del Código de Comercio modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, circunscribe la subordinación societaria al hecho de que el poder de decisión de una compañía, esté directa o indirectamente sometido a la voluntad de otra u otras personas llamadas matriz o controlante. Este postulado comprende el concepto del control individual y el concepto de control conjunto o compartido.

A su vez el artículo 261 modificado por el artículo 27 de la misma ley enuncia los supuestos de control societario bajo las siguientes modalidades:

- 1) Control interno por participación: Se verifica cuando se posea más del cincuenta por ciento (50%) del capital en la subordinada, sea directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, o las subordinadas de éstas.*
- 2) Control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima conjunta o separadamente el poder de voto suficiente para adoptar las decisiones de las juntas de socios o las asambleas de accionistas, o los votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de junta directiva, si la hubiere.*
- 3) Control externo: Esta forma de control también se denomina "subordinación contractual" y se verifica cuando la matriz directamente, o por intermedio o con el concurso de las subordinadas ejerza influencia dominante en las decisiones*

² SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220.137060 (11 de septiembre de 2018). Adición a la consulta sobre el Decreto 667 de 18 de abril de 208. [Consultado el 13 de abril de 2021]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-137060.pdf#search=registro%20situacion%20de%20control%20persona%20natural

de los órganos de administración, en razón de un acto o negocio celebrado con la sociedad controlada o con sus socios.

4) Estos supuestos tienen dos características especiales:

- a) No tienen carácter taxativo, por tanto, pueden existir otras formas de control.
- b) Son presunciones legales, luego los interesados pueden desvirtuarlas.

Como de tiempo atrás se 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 establecer que se trata de una sociedad cuyo poder de decisión efectivamente se encuentra sometido a la voluntad de otra, u otras personas, lo 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 frente a la hipótesis planteada es dable concluir en concepto de esta oficina, que la sola participación en el capital de la sociedad en una proporción superior al 50 %, no constituye per se un elemento determinante de una situación de subordinación societaria en los términos del numeral 1º del Artículo 261 del Código de Comercio, si a ella se suman otras condiciones o circunstancias que le impidan a su titular imponer su voluntad y por tanto ejercer de manera autónoma una influencia dominante en la compañía, al existir por ejemplo estipulación estatutaria o, acuerdo previo dirigido a ese fin y, que por tanto exija para adoptar las decisiones del máximo órgano social contar con el concurso de otro u otros accionistas a los que les asista el derecho 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."³

³ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-074933 (15 de mayo de 2014). De los supuestos de subordinación previstos en el artículo 261 del Código de Comercio. [Consultado el 13 de abril de 2021]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-074933_DE_2014.pdf

8. ¿En el evento de que Pepito Ríos estuviere obligado a llevar contabilidad y no la llevase, a que sanciones mercantiles y contables se expondría?

De acuerdo al numeral 3 del artículo 19 del Código de Comercio, anteriormente mencionado, es una obligación de los comerciantes llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales. El incumplimiento de esta obligación podrá ser sancionada con multa de entre diez y mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, en virtud del artículo 58 del Código de Comercio, modificado por el artículo 28 de la Ley 1762 de 2015.⁴

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, no sin antes señalar que puede consultarse en la Página Web de la Entidad, la normatividad, los conceptos jurídicos alusivos con el tema u otro de su interés.

⁴ LEY 1762 DE 2015. Artículo 28: Modifíquese el artículo 58 del Código de Comercio, el cual quedará así:

"Artículo 58. Sanciones por violaciones a las prohibiciones sobre los libros de comercio, a las obligaciones del comerciante y otras. Sin perjuicio de las penas y sanciones establecidas en normas especiales, la violación a las obligaciones y prohibiciones establecidas en los artículos 19, 52, 55, 57, 59 y 60 del Código de Comercio, o el no suministro de la información requerida por las autoridades de conformidad con las normas vigentes, o el incumplimiento de la prohibición de ejercer el comercio, profesión u oficio, proferida por autoridad judicial competente, será sancionada con multa entre diez (10) y mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, atendiendo criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. La multa será impuesta por la Superintendencia de Sociedades o del ente de inspección, vigilancia o control correspondiente, según el caso, de oficio o a petición de cualquier persona. En el evento que una persona que haya sido sancionada por autoridad judicial con la inhabilitación para ejercer el comercio, profesión u oficio, esté ejerciendo dicha actividad a través de un establecimiento de comercio, adicional a la multa establecida en el párrafo anterior, la Superintendencia de Sociedades o el ente de inspección, vigilancia o control correspondiente, según el caso, de oficio o a petición de cualquier persona, ordenará la suspensión de las actividades comerciales desarrolladas en el establecimiento, por un término de hasta 2 meses. En caso de reincidencia, ordenará el cierre definitivo del establecimiento de comercio".