

OFICIO 220- 285706 20 DE NOVIEMBRE DE 2023

ASUNTO SITUACIÓN DE CONTROL

Me refiero a su escrito radicado en esta entidad como se mencionan en la referencia, mediante el cual solicita que se emita un concepto sobre el tema del asunto.

Previamente a atender sus inquietudes, debe señalarse que, en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 de la Ley 1437 de 2011, emite conceptos de carácter general sobre las materias a su cargo, y sus respuestas a las consultas no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Con el alcance indicado, este Despacho procede a responder su consulta en los siguientes términos¹:

- “2. Sírvase indicar, si aun cuando una sociedad se encuentre en liquidación, el representante legal de la misma puede ostentar la calidad de comerciante en virtud de su posición de controlante y direccionar de la persona jurídica.
3. Sírvase indicar, si la calidad de representante legal de una sociedad dota a la persona de la calidad de comerciante, esto, en el entendido que dicha posición permite el direccionamiento de la persona jurídica.”

Para responder sus inquietudes basta con traer a colación lo expuesto por este Despacho mediante oficio 220-118801 del 20 de junio de 2023:

“(…)

PRIMERA: ¿Cuándo una persona natural no comerciante tiene la condición de controlante de una sociedad mercantil?”

En primer lugar, debe mencionarse, en cuanto atañe a la situación de las personas naturales controlantes de compañías, que su calidad de comerciante no se presenta, per sé, por el solo hecho de su condición de controlante; se debe analizar en cada caso específico si la persona natural controlante cumple con los requisitos previstos para dicha calidad en los artículos 10 y siguientes del Código de Comercio.

¹ Como es de conocimiento del consultante, la primera pregunta fue respondida por la Cámara de Comercio de Bogotá

Así, una persona natural no comerciante resulta ser controlante de una sociedad comercial, conforme lo expone el artículo 260 del Código de Comercio, cuando la capacidad decisoria de la compañía se encuentre sometida a la voluntad de ésta como consecuencia de las situaciones relacionadas en el artículo 2611 ídem, que hacen presumir tal control, veamos cuáles son:

“(…)

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 parágrafo anterior.”

“SEGUNDA: ¿Cuándo una persona natural no comerciante hace parte de un grupo de empresas?”

Partiendo del supuesto de que exista situación de control de parte de la persona natural no comerciante sobre las compañías que controla, si entre la primera mencionada y las

personas jurídicas subordinadas existe unidad de propósito y dirección, podría establecerse la existencia del grupo empresarial, figura concebida en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 que se transcribe a continuación:

“ARTICULO 28. GRUPO EMPRESARIAL. Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan.”

A propósito del concepto de “unidad de propósito y dirección”, éste encuentra definición en el artículo 28 de la mencionada Ley 222, según el cual:

“(…) Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.”

“TERCERA: ¿Si una persona natural ha creado una o varias sociedades comerciales como único socio, y dichas sociedades permanecen inactivas, sin facturación ni operaciones comerciales, se entiende que esa persona es una persona natural no comerciante?, ¿O se entiende esa persona como controlante?, ¿O se entiende esa persona como comerciante?”

Como se expuso anteriormente, no resulta suficiente que una persona natural sea controlante de una compañía comercial activa, o inactiva, para determinar su condición de persona natural comerciante en tanto dicho análisis debe efectuarse a la luz de los artículos 10 y siguientes del Código de Comercio.

Situación independiente es la condición de controlante de una persona natural, sea ésta comerciante o no, respecto de las compañías con las que guarda relación, la cual depende de que se presenten las condiciones que legalmente hacen presumir el control y la situación de grupo empresarial, relacionadas en el artículo 261 del Código de Comercio y los artículos 26 y siguientes de la Ley 222 de 1995; en todo caso, para la

sociedad por acciones simplificada con accionista único, se presume que éste funge como controlante de la sociedad, situación que puede ser desvirtuada por el accionista, en los términos del Decreto 667 de 2018, que adicionó la Sección 6 al capítulo 41 del título 2 de la parte 2 del libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, número 1074 de 2015, del cual se extrae lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.2.41.6.1. Inscripción de la situación de control en sociedades por acciones simplificadas con accionista único persona natural. Cuando se presente para inscripción en el Registro Mercantil la constitución de una sociedad por acciones simplificada en la que el único accionista sea una persona natural, las Cámaras de Comercio suministrarán al constituyente de la sociedad un formato para que este proceda a inscribirse como contratante de la sociedad, en los términos previstos en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

En caso de que la persona rehúse inscribirse como controlante, para que proceda la inscripción de la constitución de la sociedad deberá manifestar por escrito dirigido a la Cámara de Comercio que no ejerce el control sobre la sociedad, el fundamento de su declaración y, si considera que otra persona es el controlante, informar el nombre e identificación de dicha persona. Dicho documento será remitido por la respectiva Cámara de Comercio a la Superintendencia de Sociedades.

PARÁGRAFO PRIMERO: La inscripción a que hace referencia el presente artículo en ningún caso exime al controlante de la obligación de inscribir la situación de grupo empresarial, así como toda modificación de la situación de control, en los términos previstos en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995. En las sociedades por acciones simplificadas constituidas con anterioridad a la entrada en vigencia del presente artículo, el controlante debe inscribir la situación de control o grupo empresarial en los términos de la norma señalada.

En el caso en que el accionista único de la sociedad por acciones simplificada sea una persona jurídica o no se trate de accionista único, no habrá Jugar(sic) al suministro del formato a que hace referencia el inciso primero del presente artículo, toda vez que es deber del controlante o controlantes de la sociedad inscribir la situación de control o grupo empresarial en los términos del artículo 30 de la Ley 222 de 1995. (...)”

“CUARTA: Teniendo en cuenta que el numeral 5 del artículo 20 del Código de Comercio considera como mercantil, la intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales y los actos de administración de las mismas; ¿el que una persona sea socio de una sociedad comercial, o sea representante legal de la misma lo convierte en comerciante?

QUINTA: Teniendo en cuenta que las personas naturales no comerciantes NO ESTÁN OBLIGADAS A LLEVAR CONTABILIDAD, ¿cómo hace una persona natural no comerciante para ser admitido a un proceso de reorganización, ya que el artículo 13 de la ley 1116 de 2006 en sus numerales 1 y 2 solicita documentos estrictamente contables para su admisión, y el artículo 532 del C.G.P no le permite a esa persona, presentarse al trámite de insolvencia contenido en la ley 1564 de 2012 que contiene el Código General de Proceso en su título IV capítulo 1, en los artículos 531 a 562?”

En criterio de esta Oficina, la participación como asociado en una sociedad comercial, por sí misma, no convierte a quien participa en comerciante, salvo que a la luz del artículo 10 del Código de Comercio, tal actividad se ejerza de manera profesional; por esto, pese a que el participar como asociado en compañías comerciales se relaciona como actividad mercantil, esto no significa que el control ejercido per sé por esta persona natural la convierta en comerciante.

Situación especial que se puede presentar cuando la persona natural es controlante de una serie de empresas que se constituyen en un grupo empresarial. Evento en el cual si dicha persona natural cumple las características de ser comerciante, sí se encuentra obligada a observar todos los deberes de los comerciantes², entre éstos, llevar contabilidad regular de sus negocios. (...)

De conformidad con lo expuesto, se respondió de manera cabal su consulta. Se reitera que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 del CPACA, y que en la página web de esta entidad puede consultar directamente la normatividad, así como los conceptos que la misma ha emitido sobre las materias de su competencia a través de TESAURO y la Circular Básica Jurídica.