

OFICIO 220-134259 DEL 30 DE AGOSTO DE 2018

REF: EL SOCIO DE UNA SOCIEDAD COMERCIAL, NO ES POR ESE HECHO COMERCIANTE

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2018-01-323359, mediante la cual, con el fin de establecer si se configuran las incompatibilidades previstas en el art. 151 numerales 3 y 4 de la ley 270 de 1996, así como de la prohibición de que trata el art. 154-17 ídem, consulta si por el hecho de participar en la constitución de una sociedad por acciones simplificada (S.A.S.), en cuyo objeto social no figura de ninguna manera la prestación de servicios de asesoría jurídica ni de representación judicial (art. 14-2 c.co.), convierte al funcionario o empleado judicial en comerciante? o si, por constituir la sociedad una persona jurídica distinta de sus accionistas (arts. 2º ley 1258/08 y 98 del c.co.), sólo aquella adquiere la condición de comerciante y no aquéllos.

En el anterior contexto, formula las siguientes preguntas:

- i) ¿el -simple- accionista de una S.A.S. ha de reputarse comerciante, en los términos de los arts. 10º y 20-5 del c.co.?
- ii) ¿al ser -únicamente- accionista de una S.A.S. se ejerce actividad mercantil en las modalidades previstas en el inc. 2º del art. 10º del c.co.?
- iii) ¿el -simple- accionista de una S.A.S. ha de inscribirse en el registro mercantil, de cara a lo previsto en el art. 13-1 del c.co.?

Al respecto procede transcribir los apartes correspondientes a las siguientes normas:

LEY 270 DE 1996 ARTÍCULOS 151 NUMERALES 3 Y 4

Además de las provisiones de la Constitución Política, el ejercicio de cargos en la Rama Judicial es incompatible con:

- 1. El desempeño de cualquier otro cargo retribuido, o de elección popular o representación política; los de árbitro, conciliador o amigable componedor, salvo que cumpla estas funciones en razón de su cargo; de albacea, curador dativo y, en general, los de auxiliar de la justicia.*
- 2. La condición de miembro activo de la fuerza pública.*
- 3. La calidad de comerciante y el ejercicio de funciones de dirección o fiscalización en sociedades, salvo las excepciones legales.*

4. La gestión profesional de negocios y el ejercicio de la abogacía o de cualquier otra profesión u oficio.

5. El desempeño de ministerio en cualquier culto religioso.

PARÁGRAFO 1o. Estas prohibiciones se extienden a quienes se hallen en uso de licencia.

PARÁGRAFO 2o. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial podrán ejercer la docencia universitaria en materias jurídicas hasta por cinco horas semanales siempre que no se perjudique el normal funcionamiento del despacho judicial. Igualmente, con las mismas limitaciones, puede realizar labor de investigación jurídica e intervenir a título personal en congresos y conferencias.

PARÁGRAFO 3o. Las inhabilidades e incompatibilidades comprendidas en los artículos 150 y 151 se aplicarán a los actuales funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

ARTÍCULO 154 NUMERAL 17

A los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, según el caso, les está prohibido:

...1. Realizar actividades ajenas al ejercicio de sus funciones durante la jornada de trabajo, salvo la excepción prevista en el parágrafo 2o. del artículo 151.

...17. Ejercer el comercio o la industria personalmente o como gestor, asesor, empleado, funcionario o miembro o consejero de juntas, directorios o de cualquier organismo de entidad dedicada a actividad lucrativa. ...”

Efectuada la anterior transcripción, procede referirse a la inquietud planteada desde el punto de vista de la “actividad de comerciante”, en cuanto a que si el hecho de que un funcionario judicial participe en la constitución de una sociedad por acciones simplificada, lo convierte en comerciante, para lo cual, es del caso poner de presente las siguientes disposiciones mercantiles:

ARTÍCULO 10. COMERCIANTES - CONCEPTO - CALIDAD. Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles.

La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona.

ARTÍCULO 20. ACTOS, OPERACIONES Y EMPRESAS MERCANTILES - CONCEPTO. Son mercantiles para todos los efectos legales:

“....

5) 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;..”

ARTÍCULO 98. CONTRATO DE SOCIEDAD CONCEPTO - PERSONA JURÍDICA DISTINTA. Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un

aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.

La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

ARTÍCULO 13. PRESUNCIÓN DE ESTAR EJERCIENDO EL COMERCIO. 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.*

ARTÍCULO 19. OBLIGACIONES DE LOS COMERCIANTES. 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.*

Artículos 260, 261 del Código de Comercio, modificados por los artículos 26, 27 de la Ley 222 de 1995, artículo 28 y 35, ibídem.

De la revisión de normas que anteceden, se desprende que la participación como socia 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, profesionalmente se ocupe de ello; de tal manera que el llevar a cabo actos de

naturaleza comercial, en forma no profesional, no obliga al cumplimiento de las obligaciones propias del comerciante, previstas en el artículo 19 íbidem.

Ahora bien y comoquiera que las incompatibilidades y prohibiciones de la Ley 270 de 1996, mejor conocida como Ley estatutaria de la administración de justicia, están relacionadas además de la calidad de comerciante, con el ejercicio de funciones de dirección o fiscalización en sociedades, es del caso observar que si por virtud de la participación como socio, el funcionario judicial fuera designado administrador de la sociedad o revisor fiscal de la misma, quedaría inmerso en la inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 151 de la Ley 270 de 1996 y así mismo, estaría sujeto a la prohibición de que trata el numeral 4 íbidem, “por la gestión profesional de negocios y el ejercicio de la abogacía o de cualquier otra profesión u oficio”.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta el caso del socio persona natural, cuando tenga la condición de controlante de un grupo empresarial, caso el cual esta Oficina mediante Oficio 220-222880 del 10 de octubre de 2017, efectuó el siguiente análisis del que se concluye que en este evento, la persona natural controlante del grupo empresarial, tendría la calidad de comerciante.

Algunos apartes del texto expresan lo siguiente:

“...1. El artículo 10 del Código de Comercio, estipula que se entiende como comerciante, la persona que profesionalmente se ocupa de alguna actividad definida por la Ley como mercantil, haciendo la salvedad, que la mencionada calidad se adquiere aunque la actividad se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona.

2. El artículo 20 del Código de Comercio establece cuáles se consideran actos mercantiles, teniendo en cuenta que la relación de las actividades descritas es meramente enunciativa y no limitativa por virtud del artículo 24 del mismo Código.

3. Igualmente, el artículo 21 íbidem, contempla que también se tendrán por actos mercantiles, todos aquellos que realicen los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales.

4. El artículo 260 del mismo código establece que 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, por lo cual según lo ha precisado la jurisprudencia y la do 3. Igualmente, el artículo 21 íbidem, contempla que también se tendrán por actos mercantiles, todos aquellos que realicen los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales.

5. El artículo 260 del mismo código establece que 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, por lo cual según lo ha precisado la jurisprudencia y la doctrina, no se discrimina si la persona denominada matriz o controlante haya de ser persona natural o jurídica, lo que determina que puede ser cualquiera de las mencionadas.

6. Colegido de lo anterior, el artículo 261 del mismo Código indica que será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los casos mencionados en la norma y que para efectos de contestar la consulta, procede transcribir a continuación:

(.....)

7. Igualmente, el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, establece que habrá grupo empresarial cuando en adición al vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección, esto significa que la existencia y actividades de las entidades que conforman el "grupo empresarial" persigan un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto.

Así las cosas, se observa claramente que para que exista grupo empresarial, no solo debe haber un vínculo de subordinación, que en todo caso, podría darse por la adquisición de acciones o cuotas de interés social, según la descripción legal, sino que en virtud de la norma citada (Art 28 de la Ley 222 de 1995), es necesario que entre las entidades que controla la persona natural o jurídica, deba haber una unidad de propósito, fijado por la matriz o controlante.

Al respecto, esta entidad mediante oficio No. 220-050925 del 12 de noviembre de 1996, precisó entre otros "Entiende este Despacho que hay unidad de dirección cuando las entidades que conforman el grupo permiten que el poder de decisión lo ejerza un órgano aparte de sus integrantes, con el propósito de no romper el esquema de la personalidad de cada uno y sin que desaparezca su individualidad; órgano de decisión capaz de coordinar las actividades a desarrollar por las empresas que lo forman, en donde necesariamente prevalece el animus operandi, y cuya función primordial es la de trazar la estrategia política y económica permanente a fin de que sus integrantes la pongan en marcha y con su desarrollo se logre su objetivo, como sería cuando las juntas directivas de todas las sociedades se encuentran conformadas por las mismas personas."

Igualmente, frente al alcance de la acepción "unidad de propósito", ilustra la explicación del profesor Francisco Reyes Villamizar, actual Superintendente de Sociedades, en su obra:

"Si bien se trata de un concepto amplio, cuya aplicación práctica deberá analizarse para cada caso en particular por los interesados, pueden señalarse tres de sus rasgos constitutivos: en primer lugar, resulta claro sobremanera que la unidad de

propósito y dirección tienen en común con las actividades de explotación económica que realizan por sí mismas las distintas compañías del grupo. En efecto, cada una de ellas continúa realizando con independencia su objeto social.

En segundo término, el referido elemento implica que la finalidad individual de cada una de las sociedades que forman parte del grupo debe ceder, en virtud de la dirección que ejerce la matriz o controlante sobre el conjunto, a un objetivo general determinado por esta. Este objetivo, podrá demostrarse con una serie de elementos explícitos e implícitos que han de manifestarse en directivas o instrucciones escritas o verbales, impartidas por la entidad controlantes de los órganos de dirección y de administración de las compañías controladas.

En estas, a su vez, se hará patente, en mayor o menor grado, el influjo de la matriz en determinaciones tales como la política de distribución de dividendos o constitución de reservas, los actos o contratos que se celebran o dejen de celebrar, por instrucciones de la matriz, etc. En tercero y último lugar, es claro que, aun cuando la determinación de la existencia del grupo corresponde primordialmente a las propias sociedades vinculadas a él, quienes motu proprio deben propiciar la respectiva inscripción por parte de la sociedad controlante, la incertidumbre sobre los presupuestos fácticos que la originan, la deben determinar las Superintendencia.“

En los anteriores términos se han atendido sus inquietudes, no sin antes manifestarle que el presente oficio tiene los alcances del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.