

OFICIO 220-222880 DEL 10 DE OCTUBRE DE 2017.

REF.: EVENTUAL OBLIGACIÓN DE LLEVAR CONTABILIDAD POR PARTE DE LAS PERSONAS NATURALES CONTROLANTES DE UN GRUPO EMPRESARIAL.

Me refiero al escrito radicado en esta Entidad bajo el número 2017-01-453728, a través del cual expone una serie de consideraciones dirigidas a establecer si a una persona natural que no es comerciante, le asiste la obligación de llevar contabilidad regular, cuando quiera que la adquisición ocasional de acciones o cuotas, dé lugar a la conformación de un grupo empresarial.

En el entendido que los conceptos emitidos en esta instancia solo expresan una opinión general de la Entidad, que no tienen carácter vinculante ni comprometen su responsabilidad, procede revisar el asunto a la luz de los preceptos consagrados por el Código de Comercio y demás leyes y normas concordantes, sobre la calidad de comerciante o no de la persona natural controlante.

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 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.

5. 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:

(...)

“ 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 párrafo anterior.”.

6. 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 Financiera o de Sociedades, en los términos del inciso final del artículo 28, ibídem." 1

Por lo anterior, en concepto de este Despacho, mal podría desconocerse el carácter de comerciante, tratándose del controlante persona natural de un grupo empresarial, ya que aquél es quien traza las políticas y estrategias de negocio a las que están sometidas el conjunto de empresas de las que se predica la unidad de propósito común, lo que permite afirmar que el controlante, en éste supuesto, ejerce de manera profesional una actividad que puede catalogarse como mercantil a la luz de las disposiciones anteriormente mencionadas.

De ahí que efectivamente, como comerciante, le asistirá la obligación de llevar contabilidad regular, en los términos y condiciones de las estipulaciones consagradas en el Código de Comercio, en concordancia con la Ley 222 de 1995, la Ley 1314 de 2009, el Decreto 2420 de 2015, y demás leyes y normas concordantes.

En el mismo sentido, el Consejo Técnico de la Contaduría Pública señaló mediante concepto No. 2015-00343 del 7 de julio de 2015:

“Si un grupo económico es controlado por una persona natural, el control seguramente implica la intervención en las decisiones que tomen la entidades controladas, dándose lugar a actividades de comercio, tal como se indicó atrás. Siendo así, las personas naturales controlantes se catalogarían como comerciantes, estando obligadas a llevar contabilidad.”

En los anteriores términos ha sido atendida su solicitud, con la advertencia que la respuesta recibida tiene el alcance señalado por el artículo 28 de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015.

1 REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. “Matrices, Subordinadas y Grupos Empresariales”. 3ª Ed. Bogotá. Editorial TEMIS S.A.. 2017. Tomo II. 359 p. ISBN 978-958-35-1145-5.