

OFICIO 220-116067 DEL 13 AGOSTO DE 2021

ASUNTO: RÉGIMEN DE INSOLVENCIA APLICABLE A PERSONA NATURAL COMERCIANTE.

Me refiero a su comunicación radicada con el número de la referencia, por medio de la cual solicita:

“(…) conocer el concepto de la superintendencia de sociedades en cuanto el régimen de insolvencia aplicable a la persona natural comerciante, que efectivamente ejerce y cumple con todos los requisitos de ley como comerciante, incluido el registro de cámara de comercio, en el siguiente evento:

Antes de ejercer como comerciante, varios años atrás, la persona natural ha contraído créditos los cuales se encuentran aun sin cancelar al momento de presentar su solicitud (Como comerciante), al proceso de reorganización en los términos de la ley 1116 del 2006, o decretos vigentes.

En algunos Juzgados (muchos), se niega el acceso a la persona natural comerciante, al proceso de insolvencia de la ley 1116 del 2006, o decreto 560 y/o decreto 772, con el argumento de que, a pesar de estar probado, que se es comerciante con todos los requisitos de la ley, tiene a su cargo acreencias adquiridas cuando no ejercía como comerciante, y que, por lo tanto, no puede acceder al proceso de reorganización.

Esta persona natural comerciante, tampoco puede acudir al trámite de insolvencia previsto en la ley 1564 de 2012, puesto que allí es rechazada precisamente por ser persona natural comerciante”.

Sobre el particular, me permito manifestarle 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 artículo 11, numeral 2 del Decreto 1736 de 2020 y el numeral 2 (2.3) de la Resolución 100-000041 del 2021 de ésta Superintendencia, emite un concepto de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular ni constituye asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada, ni sobre asuntos que deba conocer en sede jurisdiccional, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

De ahí que sus respuestas en esta instancia, no se dirigen a prestar asesoría a los particulares o sus apoderados sobre temas relacionados con los procesos concursales que se tramitan ante la Entidad o por los despachos judiciales, máxime si se tiene en cuenta que la doctrina constitucional sobre el ejercicio de funciones judiciales por las superintendencias, invariablemente exige, que los funcionarios administrativos que ejercen funciones judiciales, estén dotados de independencia e imparcialidad, doctrina que reitera la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que la H. Corte Constitucional advierte que no le es dable a esta Superintendencia como autoridad administrativa, intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales, en relación con los cuales se debe pronunciar como Juez en las instancias procesales a que haya lugar.

También es procedente informarle que, para efecto del conteo de términos 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 ésta Superintendencia atiendan peticiones de consulta en treinta y cinco (35) días.

Con el alcance indicado, se procederá a efectuar un pronunciamiento general y abstracto sobre las materias consultadas, sin que el mismo pueda condicionar el ejercicio de las facultades jurisdiccionales en el caso concreto.

El artículo 6 de la Ley 1116 de 2006, establece:

“ART 6 Competencia. Conocerán del proceso de insolvencia, como jueces del concurso:

La Superintendencia de Sociedades, en uso de facultades jurisdiccionales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 116 de la Constitución Política, en el caso de todas las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras y, a prevención, tratándose de deudores personas naturales comerciantes

El juez civil del circuito del domicilio principal del deudor, en los demás casos, no excluidos del proceso”

“(…)”

El concepto “a prevención” significa que la persona natural comerciante en estado de insolvencia podrá solicitar la admisión al proceso concursal, bien ante la Superintendencia de Sociedades o ante los Jueces Civiles del Circuito del domicilio del deudor, en cuyo caso quien asuma la competencia tramitará el proceso hasta su culminación.

Con la solicitud deberá, entre otros requisitos, acreditar la calidad de comerciante. Para efectos de determinar la referida calidad, es del caso acudir a los criterios previstos por el Código de Comercio:

“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.

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.

A su vez, también éste Despacho ha señalado:

“Por su parte, el artículo 19 del citado código, prevé que 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.

Del estudio de las normas antes transcritas, se desprende, de una parte, que las personas naturales que profesionalmente se ocupan en algunas de las actividades que la ley considera mercantiles, es decir, de cualquiera de los actos u operaciones a que alude el artículo 20 del Estatuto Mercantil, deben matricularse en el registro mercantil como tales, y de otra, que obligación de todo comerciante, entre otras, la de inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad.

Lo primero, bajo el entendido que ser profesional del comercio es especializar la actividad de una persona, cuya especialización debe versar única y exclusivamente sobre asuntos mercantiles realizados en forma continua y permanente”.²

Las consideraciones de índole jurídico planteadas, constituyen criterios objetivos que determinan la calidad de comerciante. En lo que corresponde al evento particular y específico planteado en su escrito de consulta, se advierte que el mismo desborda la finalidad de la función de resolución de consultas y en tal virtud, este Despacho no podrá pronunciarse, puesto que es un asunto de resorte de los jueces.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia, entre otros.

1. Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220- 131546 (17 de septiembre de 2013). Algunos aspectos relacionados con la persona natural comerciante.

https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/33574.pdf#search=COMERCIANTE%20EJERCICIO%20PROFESIONAL

2 Bogotá. Superintendencia de sociedades Oficio 220-192301 (17 de diciembre de 2009) consultado el 6 de agosto de 2021, https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/30304.pdf