

## **OFICIO 220-255727 DEL 27 DE NOVIEMBRE DE 2017**

### **REF.: ENTE COMPETENTE PARA TRÁMITE DE INSOLVENCIA DE UNA PERSONA NATURAL NO COMERCIANTE POSEEDORA DEL 100% DE LAS ACCIONES DE UNA SAS.**

Me refiero al escrito radicado en esta Entidad bajo el número 2017-01-527491, a través del cual formula una consulta que plantea las siguientes preguntas:

1. Si una persona natural no comerciante tiene el 100% de las acciones en una Sociedad por Acciones Simplificada es considerada controlante de una sociedad?
2. Teniendo en cuenta lo anterior, Si la persona natural que posee el 100% de las acciones en una Sociedad por Acciones Simplificada desea someterse a un proceso de Insolvencia de persona natural, ¿Cuál es el ente competente para realizar el proceso de insolvencia?
3. En noviembre de 2010 una persona natural constituyó una fiducia civil a favor de otra persona natural respecto a un bien inmueble. ¿Si la persona que constituyó la fiducia se sometiera al trámite de insolvencia de persona natural tendría que incluir el bien mencionado anteriormente como activo dentro del presente proceso y en una eventual liquidación ese bien respaldaría las acreencias?
4. Si una persona natural que se somete al trámite de insolvencia en una fiducia civil constituida en noviembre de 2010 tiene la calidad de PROPIETARIA FIDUCIARIA respecto a un bien inmueble, éste bien entraría dentro de los activos y sería garantía para el pago de las acreencias?
5. Una persona natural paga los impuestos prediales de un bien donde constituyó fiducia civil en noviembre de 2010 a favor de otra persona natural y los declara dentro de sus estados financieros. ¿Si la persona natural que constituyó la fiducia civil desea someterse a insolvencia, debe tener en cuenta el bien como garantía para el pago de las acreencias?

En primer lugar es del caso observar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 de 2015, el derecho de petición en la modalidad de consulta tiene por objeto conocer un concepto u opinión general de la Superintendencia sobre las materias a su cargo mas no se dirige a resolver asuntos de carácter particular, ni a prestar asesoría en la formación de los contratos o actividades que los usuarios pretendan desplegar, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca ilustrarlos sobre los temas de su competencia, lo que explica que sus conceptos no tengan carácter vinculante ni

comprometan su responsabilidad Bajo ese presupuesto, antes que una respuesta puntual a cada pregunta, procede efectuar las siguientes consideraciones jurídicas:

- Así, frente al primer interrogante basta remitirse al Oficio 220-097653 del 24 de junio de 2014 el cual, a su vez, trae a colación el Oficio 220-139283 de noviembre 23 de 2010 que se ocupó del tema en cuestión y luego de transcribir el texto de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, modificados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, concluye entre otros

“la sociedad que posee el 100% del capital de una S.A.S estaría incurso, en principio, en la primera de las presunciones de subordinación del artículo 261 del Código de Comercio, esto es, ser propietaria de más del 50% de su capital, lo cual generaría la consecuente obligación de declaratoria e inscripción del control, en los términos del artículo 30 de la Ley 222 de 1995; no obstante, dado que el control es definido por la Ley como el sometimiento del poder de decisión de una sociedad a la voluntad de otra u otras personas, las presunciones de subordinación del mencionado artículo pueden desvirtuarse a través de la prueba de que, no obstante encontrarse la sociedad en algunas de las situaciones previstas en éste, no existe tal sometimiento. Al respecto de lo que se acaba de señalar, es de advertir que la responsabilidad que pudiere derivarse del incumplimiento de la obligación de declaratoria e inscripción de la situación de control, recae en cabeza de la sociedad controlante, y por tanto es en ella en quien pesa la carga de la prueba que pretenda desvirtuar las presunciones legales; aunado a que la Ley ha conferido un término perentorio para efectuar la inscripción, so pena de que los entes de supervisión procedan a declarar la vinculación y ordenar su registro y a la imposición de multas a los administradores por el incumplimiento legal. (Numeral 2, artículo 23 de la Ley 222 de 1995)’.

-Por su parte, la situación a que alude el segundo interrogante se encuentra regulada por el inciso segundo del artículo 532 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual, las reglas dispuestas en el procedimiento de persona natural no comerciante, no se aplicarán a aquellas que tengan la condición de controlantes de sociedades mercantiles o que formen parte de un grupo de empresas, cuya insolvencia se sujetará al régimen previsto en la Ley 1116 de 2006.

En este orden de ideas, y de conformidad con lo establecido por el artículo 6º de la Ley 1116 de 2006, conocerá del proceso respectivo el Superintendente de Sociedades, en uso de facultades jurisdiccionales, a prevención, tratándose de personas naturales comerciantes, puesto que en este caso las personas naturales

no comerciantes que sean controlantes se encuentran asimilados a estas, o el juez civil del circuito del domicilio principal del deudor.

Acerca de este punto es pertinente traer a colación la doctrina del profesor Juan José Rodríguez, expuesta en su libro “Régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante” 1ª Edición, págs. 108 ss. ‘...Si bien se trata de no comerciantes, razón por la cual, en principio, deberían poder acogerse al régimen de insolvencia del Código General del Proceso, por su calidad de controlantes deben acogerse a la ley 1116 de 2006, es decir, al régimen de insolvencia empresarial.’ (...) ‘...Ahora bien, el control puede ser ejercido por una o varias personas independientes de la sociedad. Así, la matriz o controlante puede ser una sociedad, un patrimonio autónomo o una persona natural, siendo el último escenario el caso que interesa para el presente estudio.’ (...) ‘La no aplicación del régimen está referida a las personas naturales que tengan la condición de controlantes o que, igualmente, sean controlantes de un grupo de sociedades.’

-Respecto de los cuestionamientos planteados en los puntos 3, 4 y 5, es preciso reiterar la advertencia efectuada inicialmente, máxime que la respuesta supone el conocimiento del juez del proceso, a quien compete la decisión respectiva. En consecuencia, resolverlos conllevaría un prejujuicio en el que este Despacho no debe incurrir.

Para abundar en razones cabe señalar que según Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, no le es dable a la Entidad, como autoridad administrativa, intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales o administrativas, en relación con los cuales se deba pronunciar en las instancias procesales a que haya lugar.

Así las cosas, a título ilustrativo es pertinente señalar que de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1116 de 2006, la presentación de la solicitud de inicio de un proceso de insolvencia exige la elaboración de un inventario detallado de los activos como de los pasivos del deudor insolvente, con corte al último día calendario del mes inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud. Lo anterior exige presentar la relación de todos los bienes de la persona, incluidos los fideicomitidos.

A ese propósito la Superintendencia de Sociedades mediante Oficios 220-021816 del 17 de febrero de 2017 y 220-126109 del 20 de junio de 2016, expresó su criterio respecto del tema en cuestión:

‘...[E]l ordenamiento concursal no impide que las personas naturales comerciantes, como las jurídicas, abstracción hecha de que entre sus activos haya alguna propiedad fiduciaria en las condiciones señaladas, y que persista esa

circunstancia, puedan acceder al trámite de insolvencia en los términos de la Ley 1116 de 2006, de tal forma que por virtud del principio de universalidad de dicho régimen, la totalidad de sus bienes, como todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia, y por lo tanto sujetos a las medidas tendientes a proteger, custodiar y recuperar los bienes que integran el activo patrimonial del deudor, esto es embargo y secuestro, en la medida en que no se trata de bienes que ostenten la categoría inembargables a la luz de lo dispuesto en los artículo 594 del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 4°, 5°, 20, 22, 48, 54 y 70 de la Ley 1116 de 2006.” (s.f.t.)

Ahora, atendiendo las razones que su escrito esgrime, resulta oportuno observar que efectivamente como el concepto aludido indica, el Código General del Proceso, eliminó la disposición que antes consagraba el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con el cual “...no podrán embargarse.... 13°. Los objetos que posean fiduciariamente” (s.f.t.); en su lugar, el Artículo 594 del nuevo código, establece que además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar los bienes que al efecto relaciona, sin incluir en la relación actual ninguna restricción atinente a la fiducia. Sin perjuicio de lo anterior, es cierto que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1677 del Código Civil, particularmente el numeral 8°, se mantiene inembargable “La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente”, en el entendido de que se trata de aquéllos bienes que un tercero distinto del constituyente posea fiduciariamente. Es de ahí que con la expedición del Código del Proceso, la vieja discusión conceptual en torno a aquellos bienes que la legislación civil considera inembargables por razón del fideicomiso civil, finalmente se sana con el artículo 594, pues éste no contempla las cosas que se posean fiduciariamente.’

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes reiterar que los alcances del presente pronunciamiento son los señalados por el artículo 28 de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015 y adicionalmente, que en la P. Web de la Entidad puede consultar entre otros la normatividad, la cartilla sobre régimen de insolvencia y la compilación de jurisprudencia concursal.