

OFICIO 220-012770 DEL 03 DE FEBRERO DE 2017

REF: REGIMEN APLICABLE LIQUIDACION SOCIEDAD ECONOMIA

MIXTA- CALIDADES DEL LIQUIDADOR.

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2016-01-619724, mediante la cual formula la siguiente consulta:

1. Sobre el régimen legal aplicable para liquidar una sociedad de economía mixta.
2. Normatividad para que un funcionario público pueda ser designado mediante nombramiento o encargo, y actuar simultáneamente como agente liquidador de una empresa de economía mixta.

En el entendido que los temas objeto de sus inquietudes han sido tratados de tiempo atrás por esta Entidad, basta para los fines pertinentes remitirse a los apartes de algunos conceptos que ilustran sobre el particular, no sin antes observar que en la P. Web puede acceder directamente entre otros, a los conceptos jurídicos, la normatividad en materia societaria y la Circular Básica Jurídica, los que le resultará útil consultar.

1. El oficio 220-093087 del 18 de Octubre de 2012, relaciona las consideraciones generales de orden legal a tener en cuenta frente a la liquidación de las sociedades de economía mixta.

(...)

“.... el porcentaje de participación de los dineros públicos en el capital de la sociedad determina el régimen jurídico que le es aplicable tal como lo prevé el parágrafo 1º del artículo 38 de la Ley 489 Cit., que a la letra dice: “ **Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.**” (Negrilla nuestra), preceptiva que también se encuentra prevista en el Estatuto Mercantil en el artículo 464, condición que habrá de establecerse previamente, de suerte que si el monto de capital público se ajusta al anteriormente mencionado, corresponderá a la Entidad Territorial peticionaria, a través de su oficina jurídica o de la dependencia que haga sus veces determinar, la existencia de normas especiales o excepciones reguladas por el derecho público para la liquidación de las empresas industriales y comerciales del Estado, o por el contrario establecer que la normatividad aplicable es la prevista en el ordenamiento mercantil, examen normativo que escapa a la competencia y conocimiento de esta Entidad.

Ahora bien, desde la perspectiva del ordenamiento mercantil que, entre otros asuntos, regula la constitución y funcionamiento de las sociedades comerciales, entre estas las denominadas sociedades de economía mixta definida en el artículo 461 del Código de Comercio como “... *sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado..... se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario*”, *previsión que en términos similares precisa el artículo 97 de la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, entre otras disposiciones, aplicables a las entidades territoriales en cuanto fueren compatibles, cuando dispone que las sociedades de economía mixta son “ ... organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales, y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado...”* .

Sobre el particular vale la pena traer a colación apartes de la jurisprudencia expedida por la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 1975, M. P. Dr. Luis Sarmiento Buitrago, que referida a la constitución de una sociedad de economía mixta expresó: “Legalmente las sociedades de economía mixta se rigen por las reglas de derecho privado, son sociedades de comercio sujetas al derecho mercantil, con las limitaciones expresas que en la Constitución y la ley establezcan. Pueden constituirse bajo cualquiera de las formas de sociedad previstas en el Código de Comercio.

(... .)

Dos actos jurídicos requiere la constitución de una sociedad de economía mixta: la ley que la crea o autoriza y el contrato de sociedad (...). No basta la creación legal o la autorización que se haga para que la sociedad quede constituida; es preciso el posterior acuerdo con los particulares y la solemnización del contrato, en los términos del Código de Comercio, para dar nacimiento a la nueva persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

De la normativa como de la jurisprudencia expuestas fácilmente se colige que las sociedades de economía mixta, si bien deben ser creadas o autorizadas por la ley, ordenanza o acuerdo, según sea el caso (Art. 462 del C. de Co.), no es menos cierto que también se encuentran sujetas a las estipulaciones del contrato social, por tanto a las disposiciones generales y especiales que contempla el Código de Comercio conforme al tipo societario adoptado, por lo que en materia de disolución y liquidación se estará a lo dispuesto en el artículo 220 y siguientes del mencionado ordenamiento.

Conforme a las precisiones que anteceden, el procedimiento a seguir, en principio es el previsto por el capítulo X de libro segundo del Código de Comercio, artículos 225 al 259 del Código de Comercio.”

2- El concepto emitido a través de Oficio 53700 del 2 de junio de 1999, se ocupó en momento del régimen legal sobre inhabilidades del funcionario público para ser liquidador de una sociedad:

“1) COLOMBIA, ESTADO SOCIAL DE DERECHO:

No es desconocido que el estado de derecho es aquel en el cual los comportamientos, tanto de los particulares como el de los poderes públicos, se ordenan y orientan por unas normas preestablecidas, dadas en legítima forma y enderezadas a la consecución de unos valores requeridos por la comunidad, la cual ordena el acatamiento al ordenamiento jurídico imperante.

De este modo, la sujeción del Estado al ordenamiento jurídico, al derecho, no se circunscribe al rigor escueto del cumplimiento de unas normas. El derecho ordena y habrá de ordenar el funcionamiento de un poder público que no se explica como fin en sí mismo sino como medio de patrocinio y aseguramiento de una coexistencia social que antepone los intereses generales no solo a los desvíos provenientes del poder, sino también a las ambiciones individualistas de sus propios miembros.

En este orden de ideas, y sin llegar a elucubraciones jurídicas, en la interpretación de las leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición.

El principio de hermenéutica jurídica que estatuye que las disposiciones de carácter excepcional en materias que no sean penales, deben interpretarse restrictivamente por causa de su previsión y exactitud, impone para el efecto no extender una excepción que sobrepase los límites indicados en ella, y su no reducción hasta el punto de sustraer de su imperio casos que deban quedar naturalmente comprendidos.

2) CONSTITUCIÓN NACIONAL

Artículo 2 inciso 2º, Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Artículo 6º, Los funcionarios son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución, las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 83, Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas se deben ceñir a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que aquellos adelantan ante éstas.

Esa presunción en modo alguno inhibe al legislador para dictar reglas y fijar requisitos, particularmente para combatir la imparcialidad, la cual, por su misma naturaleza, se encuentra relacionada con los particulares. De otra parte, regímenes de inhabilidades e incompatibilidades son comunes en los distintos dominios públicos y privados, y su desaparición conduciría a la "entronización de la parcialidad", es decir, aún cuando la norma constitucional da vía libre para pensar que no debe existir un régimen tal, la verdad es otra.

Artículo 123, Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

A estos funcionarios los podemos dividir en 3 categorías: En primer lugar encontramos a los de elección popular; en segunda instancia aquellos nombrados por las autoridades competentes, que cuentan con una vinculación estatutaria o reglamentaria definida de manera unilateral por el Estado, y que cumplen una determinada función pública. La tercera, conformada por los trabajadores oficiales.

Artículo 128, Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público...

Nótese como el constituyente hace referencia a la incompatibilidad no sólo en razón de la asignación como lo disponía el artículo 64 de la Carta de 1886, sino del empleo mismo.

Artículo 209, La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Artículo 333 (3), La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

Por tanto, se han de conciliar los intereses de la actividad económica libre con los que demanda la atención del bien común, en un sistema que en razón de sus fundamentos debe guiarse por el principio de la libertad.

3) EL LIQUIDADOR

Conforme a los mandatos del estatuto mercantil, el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 califica entre otros, como administrador, al liquidador, lo cual impone observar las mismas reglas establecidas para actuar como representante legal.

Igualmente, el artículo 23 de la ley 222 establece como parámetros de la actuación de los administradores, la buena fe, la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, en donde para el caso materia de consulta, la persona puede quedar imbuida en un conflicto de intereses, legal y ético, del deber de conducta, fidelidad y lealtad.

En el hipotético caso de que la pregunta se refiriera a una liquidación obligatoria, se hace más evidente la inhabilidad, pues ello supondría servir a dos intereses contrapuestos en forma simultánea, lo que conduciría a tomar partido a favor de uno de los dos bandos, en claro desmedro de los intereses del otro.

No quisiera dejar de lado, y si a esta altura del escrito se ha pensado, que el hecho tampoco viola el derecho al trabajo, pues lo que se ha buscado legalmente, con respaldo pleno vía doctrinal y jurisprudencial, es que no se puede ejercer, ni ser apoderado o gestor ante entidades públicas o autoridades administrativas o jurisdiccionales, con el único fin de evitar un conflicto de intereses, de tal manera que el interés general prime sobre el particular.

Jurisprudencialmente hablando, debe decirse que ni el derecho al trabajo ni ningún derecho de estirpe constitucional tiene el carácter de absoluto, pues siempre estarán limitados y subordinados a la prevalencia del interés general. Corte Constitucional, sentencia C 426 de 1.996 M.P: Hernando Herrera Vergara.

Concluyendo el aparte, bien lo dice una máxima latina **Ubi Lex Non distinguit nec nos distinguere debemus** no se debe distinguir donde la ley no distingue.

4) INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

El Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Edición, Tomo II, 1984, Madrid, define la **Incompatibilidad** como el impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada, o para ejercer dos o más cargos a la vez; y a la **Inhabilidad**, como el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo u oficio.

Por vía doctrinaria, Iván Velásquez Gómez, en su libro Manual de Derecho Disciplinario citando a Díez, Bielsa y Sayagués Laso, manifiesta:

"Para **Díez** la incompatibilidad se refiere a la acumulación de distintos cargos, sean éstos todos de naturaleza pública y otros de naturaleza privada. En cuanto a la inhabilitación, comporta la prohibición que sufre todo funcionario de tener en el ejercicio de su cargo y en relación con su servicio intereses que comprometen su independencia. Evidentemente entonces, la inhabilitación se distingue fundamentalmente de la incompatibilidad, ya que no se trata de la prohibición de acumular cargos públicos con otros de la misma naturaleza o privados, sino simplemente de no tener interés personal en la decisión de asuntos que le estén encomendados.

Para **Bielsa**, la incompatibilidad puede resultar también de la incoherencia de diversos cargos, de la prohibición de la acumulación de ellos, y de la posible pero inadmisibles subordinación del interés público al del funcionario, cuando esos intereses no son, por regla general, paralelos o coincidentes.

Sayagués Laso, por su parte, dice que la inhabilitación o inhabilitación constituye un obstáculo para ingresar a un cargo público y la incompatibilidad impide el ejercicio simultáneo de un cargo público con otro cargo público o determinada actividad privada".

Se comprende entonces con facilidad que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades tiene como función primordial preservar la probidad de la persona que oficia o lo hizo como servidor público, (dentro del lapso otorgado por el legislador para el efecto), al impedirle ejercer actuación alguna en el ente al cual prestó sus servicios, todo tendiente a no ver entorpecido el desarrollo y la buena marcha de la gestión pública, pues en caso contrario bien podrían verse favorecidos los intereses de terceros o el propios es desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública.

Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades excluye a ciertas categorías de personas, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal, pues un régimen de tal magnitud se encuentra dispuesto para inspirar los principios en que se basa la función administrativa, no solo como requisito ex ante, sino también ex post.

5) EN TRATÁNDOSE DE UNA LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA, SUS LIQUIDADORES SON AUXILIARES DE JUSTICIA

Como se deduce del título, los cargos que ejercen estas personas son oficios públicos, desempeñados por personas idóneas, de conducta intachable, excelente reputación e **incuestionable imparcialidad**, de donde además se les exige no sólo ser versado en la materia que se les requiere, sino igualmente, y cuando fuere el caso, título universitario.

Y es que como quiera que son oficios públicos, suponen igualmente la premisa según la cual son particulares que ejercen funciones públicas, de donde se tiene que esas funciones sociales que deben cumplir han de lograr las finalidades esenciales del Estado, artículo 2º. C.N., e igualmente lo referente a la sociedad – Estado, ya que el artículo 95 (7) Superior señala como deberes de la persona y del ciudadano el de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia.

Si ello es así, tenemos por tanto que la actividad desplegada por los auxiliares de justicia no solo a ellos compromete por su acción u omisión, sino igualmente se encuentra la responsabilidad administrativa del Estado, en virtud de los daños antijurídicos que le sean imputables.

No puede olvidarse que esta Entidad frente a determinados presupuestos procede a nombrar un liquidador, ya que dicho nombramiento es función privativa de ella (artículo 162 de la Ley 222 de 1.995), de una lista que al respecto haya elaborado la Superintendencia, (Derogado por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006, a partir del 28 de junio de 2007). El procedimiento para los nombramientos los trazó la Superintendencia en la Resolución número 100-255 del 12 de febrero de 1.999, la cual estipula en el artículo segundo que "Pueden aspirar a ser inscritas en la lista de liquidadores personas naturales, sociedades fiduciarias y personas jurídicas debidamente constituidas cuyo objeto sea asesoría en la recuperación y liquidación de empresas, **que no se encuentren inhabilitadas** y cumplan con los requisitos establecidos en la Ley 222 de 1.995 y en la presente resolución". (La negrilla no es del texto), en la actualidad la Resolución 130-000383 del 5 de abril de 2016.

*Aclaración al texto anterior:

Es preciso señalar que el artículo 162 de la Ley 222 de 1995*, fue derogado por el artículo 67 de la Ley 1116 de 2006, que al efecto señala: *"Al iniciar el proceso de insolvencia, el juez del concurso, según sea el caso, designará por sorteo público al promotor o liquidador, en calidad de auxiliar de la justicia, escogido de la lista elaborada para el efecto por la Superintendencia de Sociedades."* Lo anterior en concordancia con el Decreto 2130 de 2015, a través del cual se modifican y adicionan normas en materia de la lista de auxiliares de la justicia de la

Superintendencia de Sociedades al Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo número 1074 de 2015 y se dictan otras disposiciones.

De esta manera, en desarrollo de lo previsto en el citado Decreto, esta Entidad expidió entre otras providencias, las Resoluciones números 100-000083 y 130-000383 del 19 de enero y 5 de abril de 2016, respectivamente, mediante las cuales, promulgó el manual de ética y conducta profesional para los auxiliares de la justicia de la lista administrada por la Superintendencia de Sociedades y de cualquier persona que hubiere sido designada como promotor, liquidador o agente interventor, y se reglamentó los criterios que se utilizan para la selección de auxiliares de la justicia por medio del sistema mecanizado de valoración, derogando la Resolución 100-255 del 12 de febrero de 1999.

Como se aprecia, y en ejercicio de la potestad reglada, hay una mera aplicación obligada de la norma en la que la relativa discrecionalidad de la decisión se encuentra supeditada por el postulado del buen servicio a la colectividad por parte del órgano competente, léase Superintendencia de Sociedades.

Dijo la Corte Constitucional en sentencia C-546 de 1.992 M.P. Ciro Angarita y Alejandro Martínez Caballero: "Las normas que son expedidas con el objeto de llevar a la práctica un valor, un principio, un derecho o una institución, deben ser instrumentos de realización del derecho y por lo tanto deben mantener el hilo conductor del principio constitucional. En ningún momento desvirtuarlo o destruirlo.

Todo el andamiaje normativo del ordenamiento jurídico debe estar dispuesto para el respeto no solo de las formas propias de la validez jurídica en cada uno de los estratos jurídicos del ordenamiento, sino también, y de manera prioritaria según lo ordena el artículo 228 de la carta, para el seguimiento de los contenidos propios del texto constitucional, origen de toda la cadena semántica y deductiva de su aplicación. Dicho de otra manera, la norma constitucional, además de fijar las normas de su aplicación, impone el sentido de su realización; establece no sólo las condiciones de su validez, sino también las exigencias de su eficacia".

Con base en lo expresado, puede agregarse que dentro del campo de la función pública debe actuar el funcionario público o quien detente dicha función con la más absoluta independencia en la prestación de los servicios, todo con un claro criterio de sana moralidad administrativa al impedir el ejercicio de influencias a través del uso o provecho de las prerrogativas y facilidades que en fin de cuentas se obtienen por estar o haber pertenecido a la administración en cualquiera de sus sectores.

No de otra forma pueden interpretarse normas que propenden por una moralización de la administración pública y una diaphanidad en sus actuaciones. Como si esto no bastara, el legislador no ha distinguido si la intervención debe ser o no definitiva a efecto de quedar incurso en las incompatibilidades señaladas, razón de más que impide al intérprete hacerlo, como lo establecen claras disposiciones legales que regulan el ámbito de actuación del funcionario público o de particular con dichas prerrogativas.

6. CONCLUSIÓN

a. Si se trata de una liquidación obligatoria, con base en lo expresado se deduce que no puede el funcionario público actuar como liquidador, independiente de la Entidad a la cual presta sus servicios.

1. En el evento de una liquidación voluntaria, si bien se hace difícil la constancia de llegar a saber si el liquidador (administrador), es funcionario público o no, la inhabilidad o incompatibilidad es más ética que legal.”

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los efectos descritos en el artículo 28 de C.C.A., razón por la cual se reitera que el concepto emitido no tiene carácter vinculante, ni compromete la responsabilidad de la Entidad.