

OFICIO 220-050360 DEL 05 DE ABRIL DE 2018

ASUNTO: NOMBRAMIENTO DEL REPRESENTANTE LEGAL EN UNA SOCIEDAD ANONIMA DE ECONOMÍA MIXTA.

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2018-01-057176, mediante la cual describe de una parte, la forma como está compuesto el capital social de una Sociedad de Economía Mixta, constituida como SOCIEDAD ANONIMA (S.A.), donde entidades públicas son titulares del 48% y particulares (comerciantes) de un 52%, por lo que dicha entidad se rige por el Derecho Privado y de otra parte, la forma como se integra la Junta Directiva, hipótesis frente a la cual formula una consulta.

La inquietud en particular se concreta en establecer si un miembro principal de la Junta Directiva, de una sociedad de economía mixta, en representación de los comerciantes, puede votar para la elección o designación del Gerente General de la Corporación y aspirar a la designación, sometándose al proceso de elección, sin que exista algún tipo de inhabilidad o impedimento. Agrega que leídos los estatutos respectivos no se encuentra acápite o artículo alguno, que señale impedimento para ese fin.

Al respecto, es preciso tener en cuenta la naturaleza jurídica y las características de las sociedades de economía mixta, para lo cual es pertinente efectuar las siguientes consideraciones jurídicas de carácter doctrinal.

Así en primer lugar procede citar el oficio 220-021145 del 13 de febrero de 2018 que a su vez remite al oficio 220-093087 del 18 de Octubre de 2012, en los que este Despacho se ocupó del tema:

(...)

“...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 su parte, en cuanto hace puntualmente al tema de la designación de los representantes legales en las sociedades de economía mixta, igual es oportuno consultar los Oficios 220-25081 del 9 de Sept de 1992, 220-20889 del 02 de mayo de 2002 y 220-13839 del 15 de julio de 2016, no sin antes enfatizar en la premisa según la cual para estas últimas sociedades aplicaran de preferencia las reglas que sobre el particular establezca la ley de creación de la sociedad y, las que estipulen sus respectivos estatutos, por lo que a estas habla de estarse.

“(..)

De ahí, que resulta claro que en tratándose de la designación de representantes legales, el régimen aplicable sin perjuicio de lo que disponga el acto que autorice la creación de la sociedad respectiva, será el previsto en el Código de Comercio para el tipo social correspondiente; según éste, si la sociedad es anónima, dicha facultad le corresponde a la junta directiva, pudiendo delegarse en la asamblea general de accionistas (artículo 440 del C. de Co.), mientras que si es de

responsabilidad limitada, corresponde a la junta de socios, a menos que se delegue en la junta directiva.

Al respecto, el artículo 440 del Estatuto Mercantil, dispone: “La sociedad anónima tendrá por lo menos un representante legal, con uno o más suplentes, designados por la junta directiva para períodos determinados, quienes podrán ser reelegidos indefinidamente o removidos en cualquier tiempo. Los estatutos podrán deferir esta designación en la asamblea”.

Comoquiera que en el caso planteado al decir de la consultante, es a la junta directiva el órgano al que corresponde designar el representante legal de la sociedad y que, el hecho de pertenecer a ella como representante de los socios particulares, le suscita inquietud, procede entonces concluir lo siguiente:

Así es criterio de este Despacho, que si el acto de creación y/o sus estatutos no prevean otra cosa, la representación bien puede recaer tanto en una persona natural, como en una persona jurídica cualquiera sea, puesto que no existe en la legislación mercantil norma alguna que exija que dicha función deba ser cumplida por una determinada calidad de sujeto.

A la vez el derecho al voto es de carácter inderogable y esencial, por lo cual el mismo no puede ser alterado ni desconocido estatutariamente, ni por el consentimiento de los asociados, salvo en los casos expresamente consagrados en el artículo 185 del Código de Comercio, en el que se establece que los socios o accionistas que a su vez ostentan la calidad de administradores o empleados de la sociedad no pueden votar los balances o cuentas de fin de ejercicio ni las de la liquidación.

“Lo anterior significa que no existe prohibición alguna para que el socio que al mismo tiempo es representante legal de la compañía, participe en la votación del órgano competente en la que se decide sobre su reelección, ni mucho menos para que pueda votar en el nombramiento de un nuevo administrador .

En este sentido, quienes formen parte de la junta directiva de una sociedad, sean socios o no, están habilitados para votar todas las decisiones sociales que conciernan al ejercicio de sus funciones, excepción hecha de aquellas que a la luz del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, correspondan a actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas, situación que no corresponde a la prevista en el artículo 440 del Código de Comercio, relacionada con la designación del representante legal por parte de la junta directiva y en tal virtud, tiene la opción legal de proponer su nombre para acceder al cargo de representante legal de la

compañía y votar la decisión correspondiente.” (oficio 220-142204 del 15 de julio de 2016)

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendido en el plazo y con los alcances previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, debiendo agregar que para mayor ilustración puede consultar en la página Web, la normatividad, los conceptos jurídicos, como la circular básica jurídica.