

Asunto: Reconstitución de una sociedad de economía mixta □art. 250 del C. de Co.-.

Aviso recibo de su escrito radicado con el número 402.681 del 17 de noviembre de 1999, mediante el cual plantea varios interrogantes relacionados con una sociedad de economía mixta, en la cual los asociados, por unanimidad, aprobaron la reconstitución de la compañía a fin de evitar la liquidación de la misma, creando una nueva sociedad para continuar con el desarrollo del objeto social, decisión que fue elevada mediante escritura pública No. 4884 del 18 de diciembre de 1997, en los términos del artículo 250 del Código de Comercio.

Previamente a emitir un pronunciamiento respecto de los interrogantes formulados, es conveniente efectuar algunas precisiones originadas del estudio de los documentos allegados

1. La sociedad fue constituida inicialmente como de economía mixta, descentralizada indirecta, del orden departamental, y su creación autorizada por la Asamblea Departamental mediante ordenanza 104 de 20 de diciembre de 1990.
2. Mediante escritura pública No. 0611 del 29 de febrero de 1996, se solemnizó la reforma estatutaria consistente en la disolución de la compañía, documento que fue debidamente inscrito en la Cámara de Comercio de Ibagué, el 11 de marzo del mismo año, según consta en certificado expedido por dicho organismo el 10 de diciembre de 1997.
3. Por escritura pública No. 4884 del 18 de diciembre de 1977, se solemniza la decisión de la junta de socios, adoptada por el ciento por ciento de las cuotas que integran el capital social, en el sentido de prescindir de la liquidación de la compañía, creando una nueva sociedad que continúe con el objeto social y se haga cargo de todas las obligaciones, con todos los privilegios y garantías, adquiridas por la anterior.

Ahora bien, aunque se carece de suficientes elementos de juicio para emitir un pronunciamiento de fondo, se procede a resolver los interrogantes planteados, en el orden en que fueron planteados, teniendo en cuenta normas de carácter constitucional y el ordenamiento jurídico contenido en los Decretos 1221 y 1222 de 1.986, al haber sido declaradas inexecutable algunas de las normas contenidas en la Ley 489 de 1998, que preveía disposiciones sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional.

Al punto primero, es pertinente aclararle que del estudio efectuado sobre los documentos remitidos, se desprende que desde el momento de la constitución de la sociedad, la participación de la Nación y de las Entidades Descentralizadas ha sido superior al 90% del capital social, siendo de origen departamental más del 51%, de lo cual se concluye que si bien se trata de una sociedad de economía mixta del orden departamental, la misma se encuentra sujeta al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

Adicionalmente se estableció que la sociedad se encuentra disuelta y la escritura mediante la cual se solemnizó tal refirma fue registrada en la Cámara de Comercio de esa localidad, tal como se desprende del certificado expedido por dicho organismo el 11 de marzo de 1996, situación que sugiere la aplicación del artículo 261 del Decreto 1222 antes citado, por cuanto es atribución de la Asamblea, a iniciativa del Gobernador, crear, transformar, fusionar, suprimir, o modificar, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta.

De lo antes expuesto, es fácil concluir que se prescindió de tal formalidad, la escritura de disolución puede estar viciada de nulidad, pues la misma legislación prevé que cualquier acto o contrato en el que se omita alguno de las formalidades o requisitos esenciales que se prescriben para la validez del mismo, esta llamado a ser declarado nulo. (art. 1740 del C. C.)

Sobre el particular, es preciso traer a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, proferida el 20 de agosto de 1991, según la cual "...cuando se esta en presencia de una sociedad afectada de algún vicio de nulidad en su acto constitutivo o de cualquiera de sus reformas, la ley mercantil dispone que ha de ser declarada judicialmente. Y obtenida la declaración, la sociedad nula no se trueca en de hecho sino que ha de liquidarse totalmente si se afecta la integridad del contrato..."

Para dar respuesta a los interrogantes 2 y 3 del escrito, basta con reiterar que corresponde a la Asamblea Departamental pronunciarse a cerca de la supresión o cualquier otra modificación que se pretenda introducir a los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta

Al punto cuarto, en materia de reconstitución de la sociedad conviene tener en cuenta que el artículo 250 del Código de Comercio, permite a los asociados abstenerse de liquidar la sociedad, mediante la creación de una nueva sociedad que continúe con la empresa social y se sustituya en todas las obligaciones, con los privilegios y garantías,

que tenía la anterior, en la forma y términos previstos en la ley para la fusión y enajenación de establecimientos públicos, tal como lo prevé el artículo 251 ibídem.

Adicionalmente, por vía doctrinaria esta Superintendencia ha venido sosteniendo, ".. que cuando el artículo 250 permite prescindir de "hacer la liquidación en los términos anteriores" se está refiriendo al trámite correspondiente a dicha distribución y no a todo el proceso liquidatorio como tal, de manera que, a diferencia de la fusión impropia (180), el mecanismo legal de que tratan los artículos 250 y 251 solo está previsto para aquellas sociedades que en desarrollo del referido proceso ya han cancelado su pasivo externo.

Como características de la figura encontramos, de una parte, la exigencia de la aprobación unánime de los asociados, que encuentra su razón de ser en el hecho de que, habiéndose agotado el pasivo externo y por tanto estar los bienes restantes afectos a ser distribuidos entre aquellos, el interés social cede ante un interés particular o individual ... , y de otra, la referente a la ausencia de un término para la realización de la operación, y ello por la circunstancia de no estar ya involucrados intereses de terceros y en consecuencia no hacerse imperiosa la definición frente a éstos de la situación de la sociedad..." (Memorando 100- 183 del 25 de mayo de 1994).

En los anteriores términos se puede advertir que la figura de la reconstitución de la compañía es viable siempre y cuando se haya dado cumplimiento a las formalidades establecidas en la ley para la fusión y enajenación de establecimientos de comercio, se haya cancelado el total del pasivo externo de la misma, quedando pendiente solo la distribución del remanente social entre los asociados o pasivo interno y siempre que por razón de su naturaleza se cuente con el acto administrativo que permita la constitución de la nueva sociedad.

No obstante lo anterior, se observa que al momento de solemnizar la reconstitución de la sociedad, se modificó la naturaleza jurídica del ente societario, pero como no se cuenta con las bases suficientes para determinar su condición actual, bien valdría la pena que se efectúe una revisión sobre el asunto, puesto que si la sociedad continúa siendo del mismo orden, se requerirá del acto administrativo proferido por la Asamblea Departamental, en los términos del artículo 261 ibídem, o de una ley, si el carácter de la sociedad es del orden nacional. (artículo 150, numeral 7 de la Constitución Nacional).

Ahora bien, frente a la pregunta relacionada con el órgano o autoridad competente para designar al gerente de la sociedad, es claro que el ente social deberá estar a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, confirmada por el Consejo de Estado, en la que categóricamente se reconoce la facultad del gobernador para designar o remover a sus representantes, tal como concluyen los citados proveídos.

Por último, es del caso manifestarle que la Superintendencia se abstiene de pronunciarse acerca del procedimiento que debe aplicarse con miras a subsanar las irregularidades de que puedan adolecer los actos referidos, puesto que será la jurisdicción ordinaria la que declare la existencia de las posibles causales de nulidad, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 627 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.