

220-38082, julio 30 de 1998

Ref.: SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

Acusa recibo la Superintendencia de Sociedades de las radicaciones 284.850 y 285.624, a través de las cuales solicita colaboración de esta Entidad frente al caso presentado con la sociedad de economía mixta denominada □Constructora de Vivienda de Interés Social de Tunja Ltda□.

Como quiera que en el discurrir de su escrito se hacen varios señalamientos frente a la sociedad mencionada, esta oficina procederá a referirse a cada uno de los puntos en cuestión, previas algunas consideraciones. Igualmente se le comunica que copia de su documento se encuentra en la Oficina de Investigaciones Administrativas de la Entidad, para lo de su cargo.

1) PRESENCIA DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

Mientras el capítulo 5, Título V de la Carta Política establece la estructura del Estado, el Título XI se detiene a regular la organización territorial y sus respectivas entidades.

El último inciso del artículo 115 señala que las Gobernaciones y las Alcaldías, así como las Superintendencias, los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Nótese como el constituyente desliga a las Sociedades de Economía Mixta de la estructura de la administración nacional, pero zanja tal deficiencia en los artículos 150 (7), 300 (7) 313 (6), atribuyéndole al Congreso, Asamblea y Concejos la constitución de estas sociedades en su respectivo nivel.

2) LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA.

La norma que define lo que debe entenderse como sociedad de economía mixta en el derecho colombiano es la contenida en el artículo 461 del Código de Comercio, según el cual es la constituida con aportes de capital tanto público como privado, sujetas a las reglas de derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario, (concuerta el Art. 8o. del D. 1050/68).

Por su parte el Decreto 3130 de 1968 alude igualmente a éstas (artículo 1º), cuando al referirse a las entidades descentralizadas menciona que los institutos y empresas oficiales a que se refiere la Ley 65 de 1967, son, conforme al Decreto 1050 de 1968, de tres tipos: Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta, las cuales desarrollan una actividad específica, gozan de autonomía administrativa y se encuentran bajo el control del poder central, comúnmente conocido como control de tutela.

Así, podemos señalar como sus características:

- a) Son de creación o autorización legal, amén de que surgen del contrato de sociedad
- b) Tienen el carácter de sociedades comerciales
- c) Cumplen actividades industriales o comerciales
- d) El capital está integrado por aportes del Estado y de los particulares

Acotado lo que precede, pasemos a referirnos a las inquietudes por usted formuladas en el escrito de queja:

A) Constitución de una sociedad de Economía Mixta. Ley de creación

Como idea primigenia, no debe olvidarse que los servidores públicos nos encontramos obligados a respetar la Constitución y la ley, so pena de las sanciones legales y disciplinarias que de ellas dimana.

Entrando al punto, y como ha quedado expresado, estas sociedades surgen del contrato social al cual ha de concurrir no solo la voluntad oficial a través de las entidades públicas participantes, sino igualmente la del sector privado.

Estas asociaciones tienen la estructura señalada por el Código de Comercio, es decir que dependiendo del tipo social escogido, las correspondientes normas de aplicación son las que la gobiernan.

Así las cosas, resulta de guisa concluir que como estas agrupaciones son sociedades sujetas al derecho mercantil, con las limitaciones expresadas en la Constitución y la ley, su formación debe concretarse no solo con la ley misma, sino igualmente con el contrato de sociedad, como generador de aquella.

Por tanto, de acuerdo al artículo 101 del Estatuto Mercantil, para que el contrato de sociedad sea válido respecto de cada uno de los asociados, se hace necesaria la presencia de una capacidad legal y un consentimiento exento de error esencial, fuerza o dolo, y que las obligaciones que se hayan contraído tengan objeto y causa lícitas.

Respecto de la ley de creación, es claro que debe ser entendida en sentido formal, pues es ley por su origen y contenido, no siendo general y abstracta, sino particular y concreta. Así, al hecho de concurrir la participación del capital estatal y el privado, se suma la necesidad de existir una ley, ordenanza o acuerdo, que haya autorizado su creación, acto que igualmente debe contener las condiciones de participación, el carácter, para el caso, municipal, de la sociedad referenciada, y en general las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades, (art. 462 del C. de Co).

Según concepto emitido por este despacho mediante oficio 220-10359 de 1.994, "una sociedad tiene el carácter de economía mixta no solo por el hecho de la participación conjunta del aporte estatal y el privado como se infiere del análisis aislado del artículo 461 del Código de Comercio, sino que de una interpretación armoniosa de las distintas disposiciones que dentro de nuestro derecho positivo se han ocupado de este aspecto, como es el artículo 462 ibidem, el Decreto Ley 1050 de 1.968 y fundamentalmente la nueva preceptiva constitucional contenida en las normas mencionadas, se infiere que es necesario que para la constitución o formación de la sociedad se haya autorizado la creación, en la que además deben señalarse las condiciones para la participación del Estado, el carácter nacional, departamental o municipal de la sociedad y su vinculación a los distintos organismos administrativos para efectos de la tutela que debe ejercerse sobre la misma, todo lo cual debe incluirse en el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta como claramente reza el artículo 462 citado".

A manera de corolario, se ha de señalar que al igual que en las otras sociedades, una vez conformada la de economía mixta, es considerada como una persona distinta de los socios individualmente considerados.

No puede perderse de vista que en los estatutos de las sociedades debe precisarse su pertenencia al orden nacional, departamental o municipal según la naturaleza y ámbito de los servicios y actividades que se le encomienden, la proporción de las participaciones y la intención de sus creadores.

B)Capital social y capital de las sociedades de Economía Mixta

Como ya quedó dicho, el legislador si bien ha guardado silencio sobre esta forma asociativa en cuanto hace referencia a su funcionamiento, también lo es que fue expreso al disponer que las mismas en principio han de sujetarse a las reglas de derecho privado. Por consiguiente esa remisión supone que conforme al tipo escogido, para el caso limitada, son aplicables las reglas que el Código de Comercio y demás normas concordantes establecen para ellas.

1)Capital social

El artículo 83 del Decreto 2649 de 1993 enseña que el capital representa los aportes efectuados al ente económico, en dinero, en industria o en especie, con el ánimo de proveer recursos para la actividad empresarial que, además, sirven de garantía para los acreedores.

Igualmente ordena la norma que aquel debe registrarse en la fecha en la cual se otorga el documento de constitución o de reforma, o se perfecciona el compromiso de efectuar el aporte, en las respectivas cuentas, bien por el monto proyectado, comprometido y pagado según el caso.

Como quiera que estamos en presencia de una sociedad del tipo de las limitadas, los socios responden hasta el monto de sus aportes, y el capital por tanto debe pagarse en forma íntegra al momento de su constitución o de cualquier aumento que de aquél se haga, (arts. 354 y 355 del C de Cío. Siendo ello así, y basados en lo por usted dicho en este punto, no se entiende como la sociedad ha venido sufragando sus gastos de funcionamiento con créditos, y no se ha hecho efectiva parte alguna del capital.

El paso inicial es proceder a cubrir los aportes so pena de entrar la Superintendencia de Sociedades a decretar su disolución, todo sin perjuicio de la responsabilidad que le cabe a los socios en forma individual por las obligaciones contraídas.

Como si lo escrito en el párrafo precedente no bastara, el artículo 86 (3) de la Ley 222 de 1995, facultó a la Entidad que resuelve para imponer multas, sucesivas o no, hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales, cualquiera sea el caso, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos.

2)El capital en las Sociedades de Economía Mixta

Simplemente procede señalar de nuevo que cuando el aporte de la Nación es inferior al 90% del capital social, la sociedad queda sometida a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones consagradas por la ley, y cuando dicho porcentaje es mayor al indicado; se sujetan a las normas previstas para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. En el evento materia de estudio, en el cual el 10% es del municipio de Tunja y el resto de una entidad privada, es obvio que la sociedad formada se encuentra sujeta al derecho privado.

C)Objeto Social

De acuerdo con el artículo 110 numeral 4o. del Código de Comercio, la sociedad comercial se constituye por escritura pública en la cual expresa su objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Por tanto es ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extiende a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél.

Y es que el objeto social determina la capacidad de una sociedad para celebrar actos o contratos, al señalar ese conjunto de operaciones que la sociedad se propone realizar para ejercer una actividad económica, en el entendido, además, de atender los actos directamente relacionados con él y los que tengan como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones derivadas de la existencia y actividad de la sociedad.

La razón de ser del numeral, radica en el hecho de conjugar cualquier controversia acerca de la existencia y comprensión de la capacidad de la compañía, asegurando al mismo tiempo a los asociados la destinación del fondo que han integrado con sus respectivas apropiaciones.

D)La actividad de vivienda en la ley colombiana

Un punto de particular importancia es el que constituye la actividad de vivienda, definida y regulada desde el año de 1.968 con la expedición de la Ley 66, la cual ha sido objeto de múltiples reformas en cuanto a la entidad competente para conocer de la inspección, vigilancia y control de las personas naturales o jurídicas dedicadas a la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

Las labores descritas, que en principio competían al conocimiento de la Superintendencia Bancaria fueron trasladadas a esta Superintendencia por el Decreto 497 del 17 de marzo de 1.987, funciones que se

cumplieron de acuerdo a la ley hasta que el constituyente de 1.991 estableció en el artículo 313 numeral 7o. de la Carta Fundamental como función de los Concejos Municipales la de "... **7o. Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda**".

Basado en el numeral transcrito, el legislador de 1.994 expidió la Ley 136, la cual en su artículo 187 señaló que los concejos municipales ejercen la vigilancia y CONTROL de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, de que trata el numeral 7o. del artículo 313 de la Constitución Política, dentro de los límites señalados al respecto por las disposiciones legales y reglamentaciones vigentes. Tal preceptiva tiene como objetivo hacer más efectiva la vigilancia en la medida en que la proximidad territorial permita a los concejos, sin el obstáculo que impone la distancia, adoptar decisiones ágiles e imponer sanciones a las personas que por ignorancia o negligencia incumplan las reglamentaciones que orientan la materia.

De otro lado, las colectividades sociales aspiran en general a una mayor autonomía en el manejo de sus asuntos, y es precisamente este principio el que buscaron tanto el constituyente del 91 como el legislador del 94, a fin de que los municipios ejercieran por si mismos y bajo su responsabilidad, entre otras funciones, las relacionadas con las actividades de vivienda, para obtener un mayor desarrollo habitacional en las zonas de su jurisdicción y que en caso de inconvenientes tuvieran la capacidad de resolverlos a través de las normas que para tal fin existen.

Y es que la transferencia de la función de control de vivienda a los Concejos Municipales, colabora con la autonomía propia de los municipios, aumentando la injerencia de los ciudadanos en la toma de decisiones que, en forma más directa, afectan su vida diaria. Precisamente esa autonomía proyectada como una manera de operar la eficacia administrativa es el principio recogido por los mentados artículos 313 numeral 7o. de la Constitución Nacional y 187 de la Ley 136 de 1994; además que el proceso cumplido conduce a una descentralización territorial, lo cual cambia de modo sustancial las relaciones entre el poder central y los municipios.

El Honorable Consejo de Estado, con ponencia del doctor Julio Cesar Uribe Acosta, en providencia de fecha 24 de enero de 1.995, (expediente C-264), señaló: "**La anterior verdad jurídica lleva a la sala a concluir que la competencia para conocer de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, corresponde a los concejos municipales a partir de la vigencia de la Constitución de 1.991...**".