

OFICIO 220-046474 DEL 03 DE ABRIL DE 2014

REF. RÉGIMEN APLICABLE AL REPRESENTANTE LEGAL EN LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

Me refiero a su comunicación radicada con el número 2014-01-094152, mediante la cual consulta si en la normatividad existe alguna inhabilidad o prohibición para que un miembro de la junta directiva de una “sociedad anónima (industrial y comercial del estado)” pase a ocupar el cargo de gerente general de esa sociedad.

Aunque no es clara la naturaleza jurídica del ente en torno al cual gira la inquietud que plantea, resulta oportuno traer los apartes pertinentes del concepto contenido en el oficio 220-20889 del 2 de mayo de 2002, que a su vez remite a las consideraciones expuestas en el Oficio 220-13839, publicado en el libro "Doctrinas y Conceptos Jurídicos 1995" en el que este Despacho efectuó un detenido análisis sobre el régimen legal a que está sujeta la designación de los representantes legales en las sociedades entre entidades públicas y las de economía mixta, el cual trata por separado las distintas modalidades, atendiendo el orden al que pertenezcan y el porcentaje de capital público comprometido en ellas.

De conformidad con las reglas aludidas, en concepto de este Despacho es dable afirmar que tratándose sociedades de economía mixta del tipo de las anónimas, a las que les sean aplicables las normas previstas en el Código de Comercio, no existe inhabilidad ni prohibición de orden legal que impida designar a un miembro de la junta directiva como representante legal, lo que no se predica respecto de aquellas sociedades que en razón al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales tengan regímenes jurídicos especiales, amén de la disposición que consagra el parágrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, según la cual “los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al 90% del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado”, lo que le atribuirá en cada caso a sus administradores el carácter de servidores públicos o, particulares encargados del ejercicio de funciones públicas, según se determine en el acto de creación del respectivo ente y como tal, los hará sujetos de la normatividad especial a que haya lugar, como sería el régimen disciplinario previsto en la Ley 734 de 2002, asunto del que se ocupa la Sentencia C-338/11.

Así, las consideraciones que le sirven de fundamento a la doctrina inicialmente invocada se resumen en los siguientes términos:

“Aunque con posterioridad a la expedición del concepto referido, la Ley 489 de 1998 dictó una serie de normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional y entre otros derogó los Decretos-Leyes 1050 de 1968, 3130 de 1968 y 130 de 1976, lo que comporta una modificación en el régimen legal de los sujetos aludidos, conservan vigencia las apreciaciones que el concepto expresa acerca de la designación de los representantes legales en las sociedades de economía mixta, pues de acuerdo con

la mencionada ley, sigue siendo regla general que cuando la participación de capital público sea igual o superior al 90 % del capital social, el régimen de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta, es el de las empresas industriales y comerciales del estado, en tanto que las demás () se sujetan a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, que no las hay para el caso materia de análisis.

De ahí, como en el citado concepto se expresa, 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.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el caso de las sociedades anónimas, el artículo 440 ibídem, establece que la compañía tendrá por lo menos un representante legal con uno o más suplentes, pudiendo delegarse este nombramiento en la asamblea (artículos 187, 196 y 198 ibídem), ha colegido este Despacho, que la representación bien puede recaer tanto en una persona natural, como en una persona jurídica, pues no existe en la legislación mercantil norma alguna que lo prohíba, ni tampoco que exija que dicha función deba ser cumplida por una determinada calidad de sujeto, (Oficio 220-25081, sep 9 de 1992) argumento que resulta igualmente predicable frente a las sociedades de economía mixta de este tipo que se rijan por la ley mercantil, siempre que el acto de creación y/o sus estatutos no prevean otra cosa.

Conforme al concepto que acaba de citarse, "es preciso tener en cuenta que cuando los administradores faltan a los deberes de su encargo, violan las estipulaciones estatutarias o incurrir en negligencia en el cumplimiento de sus funciones, responden en los términos del artículo 200 del Estatuto Mercantil. (-modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995-) Por consiguiente, cuando la representación legal corresponda a una persona jurídica, su responsabilidad patrimonial estará limitada conforme al tipo societario bajo el cual se halla constituida dicha persona. No así en el ámbito penal, ya que las consecuencias que de una determinada gestión se puedan derivar, necesariamente han de recaer en la persona natural que efectivamente desempeñe la mencionada representación."

"...para nombrar una persona jurídica como representante legal de una sociedad, debe establecerse previamente si de acuerdo con las actividades que conforman su objeto, se da la posibilidad de poder desempeñar dicho encargo, ya que según el artículo 99 ídem, la capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto social, en el que se entienden incluidos los actos directamente relacionadas con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad. "

Por su parte en cuanto hace a las reglas a que haya lugar frente a los administradores de las sociedades de economía mixta a los que aplica el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, procede remitirse a la Sent -338/11 en la cual la H. Corte Constitucional analizó el tema, sin perjuicio desde luego de lo que se establezca el acto de creación del respectivo ente.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes advertir que el concepto expresado se sujeta a los alcances que precisa el Artículo 28 del C.C.A. razón por la cual no tiene carácter vinculante ni compromete la responsabilidad de esta Entidad.