

## OFICIO 220-157039 DEL 11 DE OCTUBRE DE 2018

### REF: ASUNTOS VARIOS DE UNA EMPRESA UNIPERSONAL EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL.

Aviso recibo de su comunicación radicada bajo No. 2018-01-394826 del pasado 31 de agosto, mediante la cual formula un cuestionario sobre diversos asuntos relacionados con una empresa unipersonal en Liquidación Judicial de las características que al efecto describe, las que plantean los siguientes interrogantes:

- 1.- ¿Es XX (la EU) una empresa de economía mixta por ser su dueño una corporación de economía mixta o es una empresa industrial y comercial del Estado por ser constituida 100% de recursos públicos, o es privada por ser unipersonal?
- 2.- ¿Al momento de su constitución en la escritura pública se debió inscribir su calidad de economía mixta o empresa industrial y comercial del Estado y en sus estatutos establecer a que entidad del gobierno estaría adscrita?
- 3.- ¿Que institución es la que le asigna o no el carácter de economía mixta, o es una inscripción voluntaria del gestor de la empresa?
- 4.- ¿Es la EU una subsidiaria de la CCI?
- 5.- ¿Se debió inscribir la subordinación ante la cámara de comercio?
- 6.- ¿Las empresas incubadas que fueron creadas como sociedades anónimas particulares son realmente empresas de economía mixta?
- 7.- ¿Las empresas incubadas eran controladas en unidad de propósito por parte de la EU?
- 8.- Todas las incubadas eran controladas en unidad de propósito por parte de la E.U y con la obligación de control y vigilancia por parte de la CCI ¿se debió registrar dicho control como grupo empresarial ante la cámara de comercio y llevar la contabilidad consolidada?
- 9.- ¿Es deber u obligación de la liquidadora, al asumir el control de las 4 empresas incubadas, realizar lo que no se había realizado que era declarar la relación de control, grupo empresarial, matriz, filial y/o subsidiaria tanto de la E.U en liquidación judicial como de las incubadas y de su dueña la CCI?
- 10.- ¿Las acreencias de las empresas incubadas que entraron en estado de liquidación pueden entrar al inventario liquidatorio de la E.U en liquidación por su

relación de subordinación y en ocasión de la responsabilidad directa en el manejo de las mismas, por parte de la E.U en liquidación judicial?

11.- Los activos de los numerales a. y b. corresponden a bienes de la E.U que tuvieron origen en los dineros que fueron aportados por convenios que con claridad deben ser reintegrados a la Dirección General del Tesoro Nacional ¿Entran al inventario de activos a liquidar para garantizar el pago de los acreedores y el remanente se reintegra a la Dirección General del Tesoro Nacional, o prevalece el mandato de reintegrar la totalidad, sin descontar las acreencias, a la Dirección General del Tesoro Nacional?

12.- Los activos del numeral c. corresponden a un saldo disponible que no fue ejecutado de un convenio y por obligación se debió, en el momento de liquidar el convenio, retornar la totalidad de dicho dinero a la Dirección General del Tesoro Nacional, como se muestra en el informe de la Contraloría Delegada del Sector Agropecuario ¿Ese dinero puede hacer parte del inventario de activos en el proceso de liquidación judicial, o se debe retornar en su integridad a la Dirección General del Tesoro Nacional por no ser un activo perteneciente a la E.U así esté a su nombre?

Aunque es sabido, es preciso advertir que de conformidad con los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 del 30 de junio de 2015, el derecho de petición en la modalidad de consulta, tiene por objeto conocer un concepto u opinión de la Entidad sobre las materias a su cargo, sin que las respuestas en esta instancia se dirijan a resolver situaciones de carácter particular y concreto, menos a asesorar o instruir a los usuarios o sus apoderados, en el manejo de los asuntos a su cargo, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos, contratos o decisiones de órganos sociales o de otras autoridades, pues se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca proporcionar una ilustración general.

En segundo lugar, es claro que según Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P Alejandro Martínez Caballero, no le es dable a la Entidad como autoridad administrativa intervenir en asuntos de los que conozca o haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales o administrativas, en relación con los cuales se pueda pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar, como en el presente caso, donde se encuentra en curso un proceso de liquidación judicial, a través del cual las partes habrán de ventilar sus inquietudes.

En las condiciones anotadas, antes que una respuesta puntual a los diversos interrogantes sobre los hechos relativos a la empresa en cuestión, es pertinente efectuar algunas consideraciones jurídicas de orden normativo y doctrinal:

1- Como antecedentes de carácter normativo, se tiene que la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998 que contiene las normas sobre organización del Estado, la cual determina que el sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del poder público está integrada por las empresas industriales y comerciales del

Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, entre otras<sup>1</sup>; que las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos “creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley”, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y “capital independiente constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de las tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución”<sup>2</sup>.

1 Artículo 38.

2 Artículo 85.

3 Artículo 97.

4 Artículo 98.

5 Artículo 100.

Así mismo establece 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, salvo las excepciones que consagra la ley”<sup>3</sup>; que “en el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones para la participación del Estado que contenga la disposición que autorice su creación, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella”<sup>4</sup>, y que “En las sociedades de economía mixta los aportes estatales podrán consistir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que la misma emita. El Estado también podrá aportar títulos mineros y aportes para la explotación de recursos naturales de propiedad del Estado”<sup>5</sup>.

En el mismo sentido el Código de Comercio prescribe que en virtud el contrato de sociedad “dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios considerados”<sup>6</sup>; que la sociedad se constituirá por escritura pública, en la que se expresará la plena identificación de los otorgantes, la clase o tipo de sociedad que se constituye, el domicilio, la duración, el objeto social, el capital social, los órganos de administración y su funcionamiento, la representación legal y revisoría fiscal, las convocatorias y deliberación del máximo órgano social, la realización de inventarios, la forma de efectuar la liquidación y resolver las diferencias, así como “los demás pactos que, siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato”<sup>7</sup>, salvo cuando se trata de una sociedad por acciones simplificada cuya constitución demanda menos formalidades<sup>8</sup>.

6 Artículo 98.

7 Artículo 110.

8 Artículo 5 de la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008. Oficio 220-085455 del 24 de junio de 2009.

9 Artículo 461.

10 Artículo 462.

11 Artículo 463.

12 Artículo 465.

13 Artículo 466. 14 Artículo 468.

Dicho código reitera que son sociedades de economía mixta aquellas constituidas con “aportes estatales y de capital privado” y sujetas a las “reglas del derecho privado”<sup>9</sup>; que en el acto de constitución “se señalarán las condiciones que para la participación del Estado contenga la disposición que autorice su creación; el carácter nacional, departamental o municipal de la sociedad, así como su vinculación a los distintos organismos administrativos para efectos de la tutela que debe ejercerse sobre la misma”<sup>10</sup>, y que “los aportes estatales podrán consistir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que la misma emita, auxilios especiales, etc. El Estado también podrá aportar concesiones”<sup>11</sup>.

También prevé que “las acciones de las sociedades de economía mixta, cuando se trate de anónimas, serán nominativas y se emitirán en series distintas para los accionistas particulares y para las autoridades públicas”<sup>12</sup>; que cuando el capital público en las mismas exceda del 50% “a las autoridades de derecho público que sean accionistas no se les aplicará la restricción del voto y quienes actúen en su nombre podrán representar en las asambleas acciones de otros entes públicos”<sup>13</sup>, y que en lo no previsto se aplicarán en cuanto fueren compatibles “las demás reglas del presente libro”<sup>14</sup>.

2. Por su parte la doctrina emitida por esta Superintendencia, como la jurisprudencia nacional, se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica y el régimen legal aplicable a las sociedades de economía mixta, en sus diversos aspectos, según ilustra el Oficio 220-041292 del 27 de agosto de 2007, uno de los tantos que trata sobre el marco regulatorio de dichas entidades:

(...)

“-La formación de una sociedad de economía mixta requiere de dos actos jurídicos, valga decir, de una ley que crea o autoriza su constitución (artículos 150 Num. 7 C.N. y 97 Ley 489 de 1998), y de un contrato de sociedad suscrito tanto por los particulares como por las entidades públicas participantes, con las formalidades y requisitos de publicidad señalados en la ley (artículos 110 y 462 C.Co y 98 Ley 489 de 1998).

Lo anterior significa que para que una sociedad de economía mixta se constituya y dé nacimiento a una nueva persona jurídica distinta de sus socios individualmente considerados, es necesario una ley o acto que cree o autorice su constitución, y de la celebración de un contrato de sociedad mediante escritura pública inscrita en el registro mercantil que incluya las condiciones de ley.

Por tanto se ha insistido en que una sociedad ostenta el carácter de economía mixta, no sólo por el hecho de la participación conjunta del aporte estatal y privado como se infiere del texto del artículo 461 del Código de Comercio, sino que de una interpretación armoniosa de las distintas disposiciones legales y fundamentalmente la preceptiva constitucional, se desprende que para la constitución de esas entidades, es necesario que se haya expedido una ley, ordenanza o acuerdo según sea el caso, que haya autorizado su creación, en la que además deben de señalarse de manera expresa 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"

Definida la premisa anterior sobre la naturaleza de las sociedades de economía mixta, es necesario concluir también que éstas, independientemente de la participación del capital público, hacen parte de la administración pública, de conformidad con los artículos 150-7, 300-7 y 313-6 y están sometidas a un control fiscal-art.267 CN-y control político-art.208 CP" **-Sentencia C-338/11.**

(...)

A ese propósito, sin perjuicio de la responsabilidad que le asiste a los administradores por el cumplimiento de la ley y el contrato en cada caso, será el organismo administrativo encargado de ejercer la tutela sobre la respectiva sociedad, el llamado a determinar la procedencia de las autorizaciones a que haya lugar."

Finalmente en lo que atañe a las cuestiones relacionadas con la liquidación de la empresa, el manejo de sus activos y la inconformidad con las gestiones del liquidador, basta reiterar que al encontrarse la misma en un proceso de liquidación judicial del que esta Entidad conoce en ejercicio de las facultades reguladas en la Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006, no le es dable a esta Oficina pronunciarse, ni opinar siquiera como lo impone la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional.

A ese propósito no está demás cabe señalar que de conformidad con las disposiciones legales vigentes, el liquidador es un auxiliar de la justicia que además actúa como administrador y representante legal de la entidad en proceso de liquidación y, como tal, debe cumplir las cargas, deberes y responsabilidades previstas en el Libro Segundo del Código de Comercio, la Ley 1116 de 2006 y el decreto 2130 de 2015.

*"En cualquier tiempo, los acreedores que representen por lo menos el sesenta por ciento (60%) de las acreencias calificadas y graduadas, podrán solicitar la sustitución del liquidador designado por el juez del concurso y su reemplazo se seleccionará de la lista de auxiliares de la justicia elaborada y administrada por la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con lo dispuesto en este*

*decreto. Lo anterior será aplicable al promotor cuando actúe como representante legal en desarrollo del proceso de liquidación por adjudicación. (Decreto 2130 de 2015, art. 1)*

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos que señala del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no sin antes advertir que para mayor ilustración puede consultar en la página WEB la normatividad, los conceptos que la Entidad emite, la Guía sobre Procedimientos de insolvencia y la Compilación de Jurisprudencia concursal, entre otros.