

OFICIO 220-144269 DEL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2018

REF: REPRESENTANTE LEGAL EXTRANJERO.

Aviso recibo de su comunicación radicada bajo el número citado, mediante la cual formula una consulta en torno al tema del ejercicio de la representación legal de una sociedad colombiana, por parte de un ciudadano extranjero.

Se omite la transcripción del texto de la consulta, puesto que contiene datos que de publicarse pudieran resultar sensibles para los interesados toda vez que las inquietudes versan sobre un caso particular y concreto.

Por la misma razón, es preciso señalar que el derecho de petición en la modalidad de consulta se fundamenta en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con arreglo al cual esta Superintendencia emite un concepto de carácter general sobre las materias relativas a su competencia.

Sin embargo, carece de competencia para pronunciarse en esta instancia sobre las circunstancias específicas de una sociedad en particular, ni para asesorarla en el desarrollo de sus negocios.

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 que 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.

En las condiciones anotadas, antes que una respuesta puntual a los hechos materia del caso consultado, procede hacer referencia a lineamientos generales establecidos por la ley mercantil en materia de administradores de sociedades por acciones simplificadas, abstracción hecha de los requisitos o las condiciones legales de carácter especial establecidos en consideración a una actividad o sector de la economía nacional en particular.

Para este propósito es pertinente acudir a la doctrina que este Despacho ha emitido sobre los temas en cuestión:

a. “ASUNTO: REPRESENTANTE LEGAL DE NACIONALIDAD EXTRANJERA

“ ... ”

“... es preciso anotarle, que salvo la excepción contenida en el artículo 473 de la legislación mercantil, no existe otra disposición legal que prohíba que un ciudadano extranjero, pueda ser representante legal de una sociedad colombiana.

“Igualmente, una persona extranjera, natural o jurídica, puede proceder a constituir sociedades, entrar a formar parte del capital de una sociedad colombiana ya constituida, invertir capital extranjero, adquirir bienes inmuebles y ser a la vez asociado de la compañía y representante legal o solo ostentar esta última calidad.

“El citado artículo expresamente señala que cuando la sociedad tenga por objeto explotar, dirigir o administrar un servicio público o una actividad declarada por el Estado de interés para la seguridad nacional, el representante legal y los suplentes deben ser ciudadanos colombianos.

“Finalmente, valga precisar dos (2) puntos frente al tema que nos ocupa; primero, al aceptar el cargo de administrador, lleva implícita a todas luces para la persona que ostenta dicho cargo, la de asumir las responsabilidades propias del mismo (artículos 22, 23, 24 y 25 de la ley 222 de 1995) y en segundo lugar, una persona extranjera que ejerza un trabajo en territorio colombiano, está sujeta a la legislación laboral del país, de la que se derivan no solo derechos, si no obligaciones.”¹

1 Oficio 220-180179 31 DE OCTUBRE DE 2014

b. “ASUNTO: ALCANCES DEL OFICIO NO. 220- 047982 DE 29 DE FEBRERO DE 2016-DOMICILIO DEL REPRESENTANTE LEGAL.

“...”

“Sin embargo, otras son las consideraciones de carácter normativo que se han de atender frente a las sociedades con domicilio en Colombia, lo que lleva a consultar las disposiciones legales aplicables, para advertir según un examen estrictamente objetivo, que dentro de la legislación mercantil, no existe disposición alguna que prohíba que el representante legal resida en lugar diferente a aquel donde la sociedad tenga establecido su domicilio social, ni que imponga la condición a quien representa la sociedad, de residir en el mismo país, lo que obliga a reconocer que sin perjuicio de la precisión jurisprudencial que el Consejo de Estado efectuó para las sucursales, en el caso de las sociedades Colombianas es discrecional de las partes determinar el lugar de residencia del representante legal.

“Así lo había puesto de presente esta Entidad mediante Oficio 220-101497 del 31 de agosto de 2011, al revisar la posibilidad de que el representante legal tenga su domicilio en otra ciudad distinta a la de la sociedad. “...es pertinente manifestarle que dentro de la legislación mercantil, no existe norma legal alguna que prohíba que el representante legal, sea principal o suplente, resida en lugar diferente a donde la sociedad tenga establecido su domicilio social y por ende, le corresponde

al máximo órgano social evaluar la conveniencia o no de que las personas encargadas de la dirección de la compañía adelanten su labor en las condiciones anotadas, y en particular si asegura el cumplimiento de todas y cada una de las funciones.

“Ahora bien, es necesario recalcar que conforme la Ley 222 de 1995, los administradores de una sociedad además de tener deberes y prohibiciones, igualmente tienen responsabilidades, como lo consagra el artículo 24 de la citada ley, en donde responderán de manera solidaria e ilimitada por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la compañía, a los socios o a terceros. Así mismo, se consagra que "En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador...".²

2 Oficio 220-097944 del 03 de junio de 2016

c. “CALIDAD DE TRABAJADOR DEL PRESIDENTE DE LA COMPAÑÍA

“Si una persona cumple para otra persona (natural o jurídica), un trabajo donde reconozca autoridad que lo obligue a acatar las órdenes dadas, y actuar ineludiblemente conforme los lineamientos que le tracen; si se exige que la labor la ejecute por sí mismo y, si a cambio como retribución recibe una contraprestación económica, estamos ante una relación laboral. Relación que obviamente define dos extremos, de una parte el trabajador, y de otra el empleador, y que se encuentra protegida y regulada por las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

“El ordenamiento laboral señala que los representantes del patrono pueden obligarlo frente a los trabajadores y los define como aquellos que ejercitan funciones de dirección o administración como los directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores y quienes ejercitan actos de representación con la anuencia expresa o tácita del patrono.

“Surge entonces el interrogante de si el presidente de la empresa, con facultades para contratar y firmar en condición de empleador, puede generar una relación laboral consigo mismo. En otras palabras, si un administrador de una sociedad puede tener una relación laboral y actuar a nombre del patrono como representante legal de la persona jurídica, y romper, aparentemente, con la esencia que define una relación, dos extremos que no se confunden.

“Acude entonces en ayuda de ésta disyuntiva lo que se conoce en la doctrina jurídica como los contratos consigo mismo o auto contrato, que se presenta recurrentemente en el caso de la representación.

"Se estructura el auto contrato cuando el representante, en ejercicio de sus funciones como tal, realiza un acto jurídico en nombre de su representado y, a la vez, en el suyo propio, bien sea formando con aquel una misma parte en dicho acto, o bien constituyéndose en su contraparte".

“En el caso que nos ocupa, el representante legal acude como órgano de expresión de la voluntad social para el normal funcionamiento de la sociedad por ejemplo cuando ordena el pago de salarios, suscribe convenciones colectivas, gira cheques, arrienda inmuebles, etc, y también se constituye en trabajador del patrono que representa.³

3 Oficio 220-75990, diciembre de 1998

“Como representante legal de la sociedad anónima, su nombramiento debe constar en acta del órgano social encargado de su designación (junta directiva o asamblea general de accionistas) y para su oponibilidad estar inscrito en el registro mercantil. En cuanto a su relación laboral, puede transfigurarse por la ausencia de documento formal que así lo reconozca o incluso pese a existir un contrato que trate de desvirtuarla. Sin embargo, como quedó dicho, la relación laboral no depende de un documento, ni siquiera de una manifestación expresa del patrono para que se reconozca como trabajador, sino que en virtud de la condición de contrato realidad que envuelve el trabajo asalariado, si se presentan las condiciones establecidas en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, estamos en presencia de un vínculo laboral, que se presume regida por un contrato de trabajo (verbal o escrito), susceptible de admitir prueba que lo desvirtúe.”

Con los elementos aportados, se ilustra con suficiencia que:

1. Según la regla general, una sociedad por acciones colombiana, gobernada por el principio dispositivo, puede designar como su representante legal a un extranjero, quien puede o no residir en el país, y, además ser accionista único y miembro de junta directiva, si así lo disponen sus estatutos.
2. El representante legal extranjero, al igual que el colombiano, se encuentran obligados a respetar la legislación colombiana en toda su extensión, incluyendo la ley laboral, la ley de contratación, la ley comercial, la norma societaria, la ley de inmigración, para solo citar las materias relacionadas con la consulta.
3. Corresponde a las autoridades competentes definir y precisar en cada caso concreto qué actividades han de ser consideradas, en los términos del Artículo 473 del Código de Comercio, la dirección o administración de un servicio público o una actividad declarada por el Estado de interés para la seguridad nacional, con el propósito de evaluar la necesidad de que el representante legal sea colombiano.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes reiterar que para mayor ilustración puede consultar en la página WEB de esta superintendencia donde encuentra la normatividad, los conceptos que la Entidad emite, la Circular Básica Jurídica, y el documento Cien Preguntas y Respuestas sobre la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), entre otros.