

220-048759 del 07 de Septiembre

Ref. CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES POR ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS EN VIGENCIA DE LOS DECRETOS 1050 Y 3130 DE 1968.

Me refiero a sus escritos radicados con los números 2006-01-132761 y 2006-01-143965, a través de los cuales pregunta respecto de la forma de subsanar el error cometido al constituirse una sociedad de economía mixta sin el requisito de ley o decreto que autorizara su formación, y si ella es inexistente por el hecho relatado.

Como primera medida, debe resaltarse que la época para la cual se constituyó la sociedad por la que indaga, estaban vigentes los Decretos 10501[1] y 31302[2], ambos de 1968, los cuales están hoy derogados por expresa manifestación del artículo 121 de la Ley 489 de 1998, y serán aquellas normas las que servirán de base para resolver el presente asunto.

En este orden de ideas, empezamos por poner de relieve cómo el primero de los mencionados decretos se ocupó del tema relacionado con las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (artículo 6º), al paso que las sociedades de economía mixta encontraron su regulación en el artículo 8º ibidem.

Señalaban tales disposiciones:

□ **ARTICULO 6º DE 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 conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características.*

- a) *Personería jurídica;*
 - b) *Autonomía administrativa, y*
 - c) *Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.*
- (...)

ARTICULO 8º. DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA: *Son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley.*

El grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determinan en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social.

De la interpretación de estas normas tenemos que mientras las primeras como personas jurídicas surgían, y lo hacen hoy en día, de la ley, acuerdo u ordenanza que las creaba3[3], las segundas lo hacían a partir del contrato de sociedad al que debía concurrir la voluntad oficial a través de las entidades públicas participantes, previa disposición que autorizara su formación o constitución, y la voluntad privada, y en las cuales su capital se conformaba con aportes públicos y privados4[4].

En este punto es oportuno resaltar que la Corte Suprema de Justicia5[5] señaló que: *Dos actos jurídicos requiere la constitución de una sociedad de economía mixta: la ley que la crea o la autoriza y el contrato de sociedad*□ 6[6].

Es decir, no bastaba la creación legal o la autorización para que la sociedad quedara constituida, sino que era preciso que posteriormente existiera un acuerdo con los particulares y la solemnización del contrato en los términos dispuestos por el Código de Comercio, para dar nacimiento a la nueva persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

Por su parte, el capítulo III del Decreto 1050, en lo atinente a las normas para la organización y el funcionamiento de los organismos descentralizados, señalaba en su artículo 29 respecto de la creación de sociedades por parte de los organismos descentralizados que: □ *Los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado no podrán constituir sociedades o compañías, entre sí o con otras personas, salvo los casos expresamente previstos en las leyes o autorizados por decreto del Gobierno*□.

Lo resaltado para expresar que tal aparte fue declarado inexecutable por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia proferida el 3 de febrero de 1983.

1[1] **Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la Administración Nacional.**

2[2] **Por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional.**

3[3] Concepto que hoy se encuentra modificado por el artículo 85 de la Ley 489 de 1998.

4[4] En términos parecidos el artículo 97 de la Ley 489. Y en concordancia el artículo 461 del Código de Comercio

5[5] Corte Suprema de Justicia. Sentencia de febrero 27 de 1975. M .P. Luis Sarmiento Buitrago

6[6] En idénticos términos el Oficio 220-10359 del 2 de junio de 1994 expedido por la Superintendencia de Sociedades.

En lo que respecta al Decreto 3130 de 1968, disponía el artículo 4º que: *□Las personas jurídicas en las cuales participen la Nación y entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, asociadas entre ellas o con particulares, cuando para tal efecto estuvieren debidamente autorizadas, serán clasificadas en el acto de su constitución dentro de las categorías que establece el Decreto 1050 de 1968, y en dicho acto también se precisará su pertenencia al orden nacional, departamental o municipal, según la naturaleza y ámbito del servicio, la proporción de las participaciones y la intención de sus creadores. Igual regla se seguirá con respecto a las personas jurídicas que se creen por la asociación de entidades descentralizadas, con o sin participación de personas privadas.*

Cuando la Nación o los organismos descentralizados adquieran derechos o acciones en entidades que hasta ese momento tenían el carácter de personas jurídicas de derecho privado, se harán inmediatamente, si fuere del caso, las reformas estatutarias que las sometan al régimen que les corresponda conforme al Decreto 1050 de 1968 y al Presente Decreto.

PARÁGRAFO. Los supremos órganos directivos de las personas jurídicas existentes, que hayan resultado de las participaciones contempladas en el presente artículo, procederán a definir la naturaleza de dichas entidades y el orden al cual pertenecen, conforme al inciso 1º, de la misma disposición□.

Por tanto, y en consonancia con todo lo expresado, observamos que en la constitución de las EICE y las SEM, el elemento *ley o la respectiva autorización concedida por ésta*, es objetivo, por lo que al faltar, y si bien no se puede hablar de una sociedad de hecho al haberse constituido por escritura pública, y menos desconocer los efectos jurídicos que hasta la fecha se han producido, **al tenor literal de lo expresado en su escrito**, será la justicia ordinaria quien dirima sobre la validez del contrato social, por ser la competente.

Por último, se sugiere revisar los estatutos de la compañía a fin de aclarar la participación de todas y cada uno de los asociados, y sobre todo, lo que les sirvió de base para conformar aquella.

En los anteriores términos se ha dado respuesta a su consulta, y se le manifiesta que los efectos del presente pronunciamiento son los contenidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.
