

Oficio 220-054884 Del 11 de Mayo de 2011

Ref: Nulidad del Decreto que autoriza la participación de una empresa industrial y comercial del Estado en la constitución de una sociedad entre entidades públicas No se afecta la existencia de la sociedad constituida

Con toda atención me refiero a la consulta formulada mediante comunicación radicada con el número 2011-01-121374, mediante la cual expone los siguientes antecedentes:

El 27 de enero de 2011, la Sección Primera del H. Consejo de Estado declaró la nulidad del Decreto 3525 de 2004, Por la cual se otorga una autorización, para la creación de RTVC.

El mencionado Decreto contenía la autorización para que dos entidades públicas constituyera una sociedad entre entidades públicas del orden nacional.

La objeción dada a uno de los constituyentes, de la cual se derivó la nulidad del Decreto de autorización, consistió en que la empresa industrial y comercial del Estado no tenía capacidad para invertir en actividades relacionadas con el objeto de la sociedad que fue creada; sin embargo, nada fue considerado frente a la otra empresa que fue autorizada y acudió a la constitución de la compañía.

La sociedad entre entidades públicas, conforme a las autorizaciones dadas a sus constituyentes, fue constituida mediante la escritura pública correspondiente, adoptó su planta de personal y dictó su reglamento conforme a las normas legales y a su estructura pública y viene desarrollando su actividad comercial.

Con fundamento a los hechos planteados y resumidos para efectos de la consulta, formula las siguientes preguntas:

Con la declaratoria de nulidad, relativa por demás, cuál es el escenario legal de RTVC como socio hábil en la escritura de constitución ya mencionada? Lo anterior, teniendo en cuenta que es la subrogada de Inravisión y por tanto la llamada a atender como operador y gestor la televisión pública en virtud de las Leyes 182 de 1995 y 14 de 1991.

Las obligaciones, derechos y demás situaciones administrativas que se han consolidado y las que están en curso tales como contrataciones misionales, de funcionamiento, de personal y demás que han contraído la sociedad se presumen legales y nos mantienen indemnes frente a la nulidad anotada?

Qué mecanismos aparte de los que corresponden al Gobierno Nacional para conjurar la situación-, podemos utilizar durante este término de espera para garantizar la seguridad jurídica de nuestra gestión especialmente frente a nuestros clientes?

De manera previa a abordar el estudio de la petición formulada es necesario poner de presente que la respuesta que se desarrolla a continuación se hace en forma general y abstracta, debido a que, en ejercicio de función consultiva no es posible hacer un pronunciamiento frente a un caso concreto.

La cuestión planteada dice relación con la identificación del régimen jurídico que informa el procedimiento de creación y constitución de sociedades entre una o varias empresas industriales y comerciales del Estado, o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales, así como con respecto a las condiciones de existencia y validez del contrato de sociedad y de la persona jurídica, una vez que tales sociedades han sido constituidas.

En efecto, son dos los escenarios de estudio que se abordarán con ocasión del asunto puesto a consideración de esta Superintendencia:

Los requisitos que exige la legislación vigente para que **una** o varias empresas industriales y comerciales del estado, entre sí, o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales, otorguen válidamente su voluntad dirigida a **crear** una sociedad entre entidades públicas, y

Los efectos jurídicos de la sociedad entre entidades públicas, una vez **constituida**, frente a los socios y frente a terceros.

La metodología de estudio propuesta refleja con claridad la necesidad imperiosa de diferenciar, en materia societaria, entre la validez del otorgamiento de las manifestaciones de voluntad de quienes pretenden **crear** una sociedad y celebrar el contrato de sociedad y constituir una persona jurídica diferente de los socios individualmente considerados y la validez del contrato social y vigencia de la persona jurídica una vez celebrado y formalizado.

En el primer escenario y desde la perspectiva de la teoría general del derecho, encontramos que la expresión de voluntad de la persona natural o jurídica, dirigida a producir efectos jurídicos constituye, por excelencia, una manifestación de su capacidad de ejercicio, es decir de la capacidad de obligarse por sí mismo frente a terceros y sin ministerio o necesidad de autorización de otro (Artículos 1502 y ss. Del Código Civil.)

Dicha expresión de voluntad, cuando concurre con otras voluntades para la celebración de contratos y negocios jurídicos, debe estar exenta de error, fuerza y dolo, debe estar acompañada de las formalidades

legales requeridas y, además, debe provenir de una persona que no sea incapaz absoluta, pues de lo contrario se afecta el consentimiento de la persona y acarrea como efecto la nulidad absoluta del acto o contrato, que debe ser declarada judicialmente.

Así lo establecen los artículos 1740 y siguientes del Código Civil, aplicables al Código de Comercio por remisión expresa del artículo 822 ídem.

Cualquier otro vicio, da lugar a la nulidad relativa del acto o contrato que celebre la persona involucrada en quien concurre el vicio.

Pero debe tenerse muy en cuenta que cuando quiera que el acto o contrato esté viciado de nulidad absoluta o de nulidad relativa, la sanción de nulidad de aquéllos no opera de pleno derecho, sino que precisa y exige que medie la decisión del aparato jurisdiccional, que realice la declaración respectiva, surtidas las formalidades del debido proceso y respetado el ejercicio del derecho de defensa.

En materia societaria, el vicio de nulidad beneficia de manera independiente la relación jurídica de **cada uno de los asociados** sin que tal circunstancia tenga el alcance suficiente para afectar la validez del contrato social.

Así lo establece el artículo 101 del Código de Comercio, según el cual para que el contrato de sociedad sea válido respecto de **cada uno de los asociados** se requiere que haya de su parte **capacidad legal** y consentimiento exento de error esencial, fuerza o dolo y que las obligaciones del contrato tengan objeto y causa lícitos.

Queda entonces establecido que los requisitos estipulados legalmente para que cualquier persona natural o jurídica, incluidas las empresas industriales y comerciales del Estado puedan otorgar válidamente su voluntad en la constitución de una sociedad comercial, comprenden la capacidad legal, el consentimiento no viciado y que el objeto social tenga objeto y causa lícita.

En tratándose de empresas industriales y comerciales del Estado, la capacidad legal de la persona jurídica se encuentra condicionada a la autorización que se expida por el gobierno debidamente facultado por la ley, para que la empresa pueda **crear** una sociedad y realizar el contrato de sociedad.

Siguiendo los lineamientos precedentes, se puede afirmar que en tales condiciones se presenta un tipo especial de **incapacidad relativa**, específica para la celebración del contrato de sociedad, entre empresas industriales y comerciales del estado.

Así lo señala el artículo 94 de la Ley 489 de 1998, cuando exige:

Que la sociedad se organice como sociedad comercial de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio, y

Que la empresa constituyente cuente con previa autorización de la ley, la ordenanza departamental o el acuerdo distrital o municipal para crear la sociedad filial, autorización que puede constar en norma especial o en el correspondiente acto de creación y organización de la **entidad** o entidades participantes.

El curso de los fundamentos precedentes nos permite llegar con claridad a las siguientes conclusiones preliminares:

Las empresas industriales y comerciales del Estado tienen la posibilidad legal de **crear en el ámbito del derecho administrativo y constituir en el ámbito del derecho societario** sociedades con **uno** o más socios, siempre y cuando tales sociedades tengan la calidad de sociedad comercial en los términos del Código de Comercio y cuenten con la autorización expedida por autoridad competente debidamente facultada por la ley.

Las empresas industriales y comerciales del Estado al requerir autorización de un tercero para constituir sociedades unipersonales o plurales, presentan un tipo especial de incapacidad relativa para celebrar ese tipo especial de contrato social, puesto que en tales condiciones su sola voluntad no es suficiente para acreditar la capacidad legal, en los términos de los artículos 101 y 104 del Código de Comercio.

Corresponde a continuación el estudio del segundo escenario anunciado, relacionado con los efectos de la sociedad entre entidades públicas frente a terceros una vez ha sido constituida.

El punto de partida para este aspecto se encuentra en las previsiones del artículo 98 del Estatuto Mercantil, según el cual la sociedad, una vez constituida legalmente, **forma una persona jurídica** distinta de los socios individualmente considerados.

Los requisitos de constitución de la sociedad comercial están ordenados en los artículos 110 y 111 íbidem, entre los cuales se encuentran principalmente la celebración del contrato de sociedad a través de escritura pública, cuyo contenido debe estar desarrollado a través de los estatutos de la misma, y el posterior registro de la escritura social en el registro mercantil de la cámara de comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la empresa.

Hecho en debida forma el registro de la sociedad, la nueva empresa se encuentra en plenitud de ejercer su objeto social, como nueva persona jurídica con capacidad legal para interactuar en el tráfico mercantil.

Su existencia y representación legal se prueba con el certificado de cámara de comercio pertinente y de ahí en adelante el contrato social se **presume legal y válido**, situación que solo puede ser desvirtuada a través de sentencia judicial que declare su nulidad.

Se precisa adicionalmente que el contrato social solo puede ser impugnado por los defectos de fondo establecidos en los artículos 104 y siguientes *ibidem*.

Llegado el caso de la impugnación judicial del contrato, la acción de nulidad absoluta solo puede ser intentada por cualquiera de los asociados o por el tercero que tenga interés en ello, siempre y cuando el vicio que se acuse provenga de objeto ilícito o causa ilícita. Esta nulidad no es saneable.

Los demás vicios sólo generan nulidad relativa y la acción sólo puede ser intentada por los socios contratantes (artículo 108 *ibidem*).

En este último evento, la declaración de nulidad no afecta la validez del contrato de sociedad sino que tan solo se predicen de la relación contractual del asociado en quien concurren los vicios alegados, según lo establece el mismo artículo 104 del Estatuto Mercantil.

Pero podría llegar a ser posible que se extendiera a la nulidad del contrato cuando se afecte a un número de socios que impida la existencia y formación de la sociedad, según lo expresa el mismo artículo 108 *ibidem*.

Finalmente, debe advertirse que los vicios constitutivos de nulidad relativa son eminentemente **saneables por ratificación de los socios en quienes concurren o por prescripción de dos años**.

Con los elementos anteriores, se hace evidente que con respecto a la sociedad constituida por **una o más empresas industriales y comerciales del Estado**, al tratarse de una sociedad regida por las normas del Código de Comercio, por mandato expreso del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, se predicen todos y cada uno de los atributos indicados, lo cual nos permite arribar a las siguientes conclusiones:

La sociedad filial de una o más empresas industriales y comerciales del Estado, se convierte en una **nueva persona jurídica** distinta de los socios individualmente considerados, que se **crea** con autorización de la ley y se **constituye** mediante la celebración del contrato de sociedad, que debe constar en escritura pública registrada en el registro público de comercio, luego de lo cual su existencia se acredita con el certificado de existencia y representación legal expedido por la correspondiente cámara de comercio.

El contrato social goza de presunción de legalidad, que solo puede ser desvirtuada mediante declaración judicial de nulidad, con base en los defectos y vicios de fondo antes indicados.

La causa ilícita y el objeto ilícito generan nulidad absoluta, no saneable.

Los demás vicios son fuente de nulidad relativa, son saneables por ratificación de los socios o por prescripción de dos años.

En el evento de vicios constitutivos de nulidad relativa la acción solo puede intentarse por los socios en quienes concurren la causal respectiva.

El estudio realizado permite la aproximación calificada al caso preguntado bajo la hipótesis de la declaratoria judicial de nulidad del decreto que impartió la autorización legal para que dos empresas industriales y comerciales del estado **crearan** entre sí sociedad en los términos del artículo 94 de la Ley 489 de 1998.

Se informa en la consulta que entre dos empresas industriales y comerciales del estado se celebró un contrato de sociedad y que, al momento de otorgar las manifestaciones de voluntad cada uno de los contratantes contaba con la autorización estatal para proceder de conformidad, mediante Decreto expedido con facultades legales suficientes por el Gobierno Nacional.

Así mismo se señala que dicho contrato de sociedad se elevó a escritura pública y fue registrado en la cámara de comercio del domicilio social pertinente.

Continúa la consulta en el sentido de informar que una vez constituida la nueva sociedad comercial y después de haber transcurrido más de dos años de su existencia, el H. Consejo de Estado anuló el Decreto de autorización para la creación de la sociedad y, en tales condiciones, se pregunta por los efectos de la declaración de nulidad de dicho Decreto frente a la sociedad comercial constituida y su relación frente a terceros.

Para esta Superintendencia es claro, bajo los lineamientos esbozados en las conclusiones arriba desarrolladas, que el Decreto de autorización anulado constituye, en la metodología de estudio planteado,

el requisito para la manifestación válida de voluntad de las empresas industriales y comerciales del Estado contratantes, previsto en el artículo 94 ibidem., requisito que condiciona la validez de su consentimiento en términos relativos.

En efecto, se considera que cada empresa industrial y comercial del Estado, por su lado, al adquirir su personería jurídica, se constituyó en sujeto de derecho facultado para obligarse por sí mismo, pero que para celebrar contrato de sociedad del citado artículo 94 ibidem, adolece de incapacidad relativa toda vez que requiere de la autorización estatal.

La exigencia de tal autorización condiciona ciertamente la capacidad legal de la empresa estatal ubicándola en el rango de una persona jurídica con incapacidad relativa para la celebración de ciertos actos y contratos, pues depende de la autorización de un tercero para celebrarlos válidamente.

En este contexto, se observa en los elementos aportados a la consulta, que al momento de celebrar el contrato de sociedad, las empresas asociadas contaban con la autorización estatal exigida por la ley.

En tales condiciones, en su momento, fueron acreditados los requisitos para que las empresas industriales y comerciales del Estado constituyentes, otorgaran válidamente su voluntad dirigida a **crear** una sociedad entre ese tipo particular de entidades públicas.

La contingencia relacionada con la declaratoria de nulidad del decreto que otorgó las autorizaciones para la constitución de la sociedad entre empresas industriales y comerciales del Estado, con efectos retroactivos, se constituye entonces en un vicio fuente de nulidad relativa que afecta únicamente la relación jurídica del socio en quien concurre la causal, **sin que por ello se pueda alegar la nulidad del contrato social.**

Ello equivale a dejar sin autorización a la empresa industrial y comercial del Estado pertinente para **crear** la sociedad, pero no afecta per se la legalidad y validez del **contrato de sociedad celebrado**, que frente a terceros sigue siendo oponible y sigue dando sustento a la persona jurídica independiente.

El vicio de nulidad relativa es saneable por ratificación del socio o socios en quien concurre, de manera que es perfectamente factible proceder a ratificar la autorización de cada empresa constituyente para crear la sociedad filial, satisfaciendo con ello los requerimientos del derecho administrativo señalados en la ley 489 de 1998 en cuanto a la organización estatal.

Nótese que, para el caso consultado, una sola autorización en cabeza de cualquiera de las empresas constituyentes es suficiente para sanear cualquier discusión sobre la posibilidad de nulidad relativa del contrato social, puesto que en los supuestos estudiados es perfectamente factible la creación de **sociedad unipersonal.**

De otra parte, en cuanto concierne a la sociedad comercial constituida, tiene a su favor la excepción de prescripción de la nulidad relativa por el transcurso de dos años contados desde la celebración del contrato social.

Sin perjuicio de lo anterior, para otorgar certeza a terceros este Despacho estima conveniente que se proceda a la ratificación de autorización impartida para crear la sociedad filial, mediante la expedición de un nuevo Decreto que así la conceda, ya sea en beneficio de una de las empresas originalmente constituyentes, o en beneficio de una de las actuales socias, habida consideración de que, según se informa, las participaciones originales fueron cedidas, dando con ello aplicación a la posibilidad que plantea el artículo 108 del Código de Comercio y convalidando las exigencias del artículo 94 de la Ley 489 de 1998.

Pero aún en el evento que se llegare a considerar que la nulidad del decreto de autorizaciones no es fuente de nulidad relativa sino de nulidad absoluta, la misma resulta saneable por ratificación de los socios en quienes concurre.

Como en la hipótesis consultada la nulidad relativa proviene de la declaratoria de nulidad del Decreto de autorizaciones por parte del H. Consejo de Estado, se considera plenamente viable la procedencia de la ratificación de los socios, mediante la expedición de un nuevo Decreto que convalide las autorizaciones impartidas, bajo el esquema de la convalidación del acto administrativo, sin incurrir en los vicios que dieron lugar a su anulación.

Debe advertirse que en el asunto sometido a consideración de esta Superintendencia, se incluyen como supuestos dos autorizaciones, una para cada una de las empresas industriales y comerciales del Estado que concurrieron a la constitución de la sociedad.

En este contexto, se reitera que según los mandatos del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, la sociedad filial constituida puede mantener su existencia y vigencia plena con un único socio, puesto que la norma faculta de manera clara y expresa la creación de empresas y sociedades filiales con la participación de una sola empresa industrial y comercial del Estado en calidad de asociado.

Fluye de lo dicho, que en el caso planteado, la sociedad constituida puede mantenerse como sociedad unipersonal y que, en tal circunstancia, una única autorización para su creación, sirve como ratificación de la nulidad relativa aludida.

De otra parte, se debe hacer mención en el sentido de que en opinión de este Despacho, la nulidad del Decreto de autorizaciones, por parte del H. Consejo de Estado, no genera por sí sola la desaparición de la sociedad constituida, puesto que para que ello ocurra es menester que medie un pronunciamiento judicial que declare la nulidad del contrato de sociedad, a petición de los socios en quienes concurra la causal de nulidad señalada.

Así las cosas, desde la perspectiva del derecho comercial, la sociedad constituida tiene plena vigencia, existencia y capacidad para interactuar y realizar actos y contratos frente a terceros y que el vicio de nulidad relativa estudiado solo podría llegar a suprimir la sociedad, cuando llegare a proferirse providencia judicial que decrete la nulidad del contrato social.

En estas condiciones se da repuesta a la consulta formulada advirtiéndole que la misma tiene el alcance previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.