

**OFICIO 220-192303 DEL 05 DE OCTUBRE DE 2016**

**REF: RADICACIÓN 2016-01-438001 31/08/2016- REGLAS SOBRE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA Y EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.**

Aviso recibo del escrito mediante el cual formula una consulta, en los siguientes términos:

“1. Una Federación de Municipios con una empresa privada, los aportes de la federación de Municipios son más (sic) del 50%.”

“¿a) Que calidad tiene esta unión es decir se puede considerar la unión de la federación de Municipios con la empresa privada una sociedad de economía mixta?

“b) ¿Cómo determinó la idoneidad de esta sociedad que se conformó con la unión de la Federación de Municipios y la empresa privada?.

“c) ¿Para determinar la idoneidad de esta sociedad se puede tener en cuentas la experiencia general aportada por los socios y en la especifica el perfil de grupo de profesionales que realizará la actividad?.

“d) ¿El perfil de experiencia de los profesionales se puede computar con la idoneidad de la empresa SAS?.

En primer lugar se debe advertir que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, este Despacho emite los conceptos de carácter general a que haya lugar sobre las materias de su competencia, sin que sus respuestas estén dirigidas a resolver situaciones particulares y concretas ni asesorar a los usuarios en asuntos de su exclusivo interés, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca ilustrar a los particulares sobre los temas societarios de su competencia, lo que explica que las mismas no tengan carácter vinculante ni comprometen su responsabilidad.(Art 28 del nuevo C.P.C.A., sustituido por la Ley 1755 del 30 de junio de 2015)

Bajo esa premisa, a título meramente ilustrativo es pertinente efectuar las siguientes consideraciones generales de carácter legal.

En cuanto hace la inquietud planteada en el literal a), procede remitirse al Artículo 95 de la Ley 489 de 1998, a cuyo tenor se tiene:

***“Artículo 95.- Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo,***

*mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.(Subraya fuera de texto).*

*“Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de sus entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal.”*

Así mismo, el artículo 95 fue declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-671 de 1999, bajo el entendido de que "las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género", sin perjuicio de que, en todo caso el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias.

A su turno el “Parágrafo” de la norma citada fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, en la misma Sentencia C-671 de 1999, así:

*“Parágrafo.- Inexecutable. La Conferencia de Gobernadores, la Federación de Municipios, la Asociación de Alcaldes y las asociaciones de municipalidades se regirán por sus actos de conformación y, en lo pertinente, por lo dispuesto en el presente artículo.”(Subraya fuera de texto).*

Precisada la naturaleza de las **Asociación entre entidades públicas**, es necesario definir lo propio en cuanto a la creación de sociedades de economía mixta, para lo cual basta remitirse al artículo 97 de la misma Ley 489 de 1998:

*“Artículo 97.- Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 529 de 1999, Reglamentado por el Decreto Nacional 180 de 2008. **Sociedades de economía mixta. 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.”(Negrilla fuera de texto).*

De la simple lectura de la norma se observa como un presupuesto a tener en cuenta, en la creación de las sociedades de economía mixta, es el relativo al requisito sine qua non, previsto por el Legislador, consistente en la autorización

expresa y previa que debe mediar por parte de la ley, es decir, que cualquier iniciativa de creación de una sociedad de economía mixta tiene que contar con la correspondiente autorización legislativa.

Bajo ese escenario, a la luz de las normas de la Ley 489 de 1998, sería dable colegir a a juicio de este Despacho, que no es procedente la constitución de una sociedad de economía mixta, entre una federación de municipios, cuyo naturaleza corresponde a la de una **organización gremial**, de **naturaleza asociativa**, **sin ánimo de lucro** y un particular, en tanto no medie autorización legal.

De otra parte en cuanto a las inquietudes restantes, cabe poner de relieve la Sentencia C-671 de 1999, la Corte Constitucional, que en uno de sus argumentos anota lo siguiente:

*“...en Sentencia C-230 de 25 de mayo de 1995, (Magistrado ponente, doctor Antonio Barrera Carbonell), ésta Corporación dejó establecido que "por no ser de creación legal **las asociaciones y fundaciones de participación mixta**, se las considera bajo la denominación genérica de **entidades descentralizadas indirectas de segundo grado**, y están sometidas al mismo régimen jurídico aplicable a las corporaciones y fundaciones privadas, esto es, a las prescripciones del Código Civil y demás normas complementarias", es decir, con ellas se realizan actividades que "constituyen modalidades de la descentralización por servicios",... "(Negrilla y subraya fuera de texto).*

A su vez, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, prescribe::

(...)

**“Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares.** “Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley. (Negrilla y subraya fuera de texto).

De lo expuesto se infiere que la facultad de las entidades estatales del orden central y descentralizado, para asociarse o conformar: “Asociación entre entidades públicas”, (Agremiaciones, confederaciones, federaciones etc.), o constituir “asociaciones y fundaciones”; está dada para los órdenes indicados, mas no para **entidades estatales descentralizadas indirectas de segundo grado**, cuya constitución debe estar autorizada por la ley, la ordenanza o el acuerdo, según el

caso, acorde con lo dispuesto en el párrafo artículo 49 de la Ley 489 de 1998 y demás normas concordantes citadas<sup>1</sup>, pues el ordenamiento legal sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional no ha regulado ni facultado la creación entre ellas, de la figuras de: “*asociación*” o “*asociaciones y fundaciones*”, en los términos de los artículos 85, 95, 96 y 97 de la Ley cit.<sup>2</sup>.

En los anteriores términos, su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo.