



Concepto 338141 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000338141

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000338141

Fecha: 14/09/2021 04:08:07 p.m.

Bogotá

REFERENCIA: ENTIDADES- Naturaleza Jurídica.- INVERCOLSA. - Filiales Radicado 20212060565582 de fecha 5 de agosto de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual nos manifiesta que teniendo en cuenta que Inversiones de Gases de Colombia S. A. - Invercolsa es una sociedad de economía mixta indirecta, que ha sido autorizada para participar en el capital de otras sociedades, según el art. 1º. de la Ley 59 de 1987 y el art. 1º. del Decreto 1296 de 1990, las filiales y subsidiarias de esta compañía serian a su turno, sociedades de economía mixta, así mismo, manifiesta que en el evento de que la respuesta anterior sea afirmativa, pregunta si puede afirmarse a la luz del art. 94 de la ley 489 de 1998, que por virtud de la autorización in genere para que Invercolsa participe en el capital de otras sociedades, de conformidad con el art. 1º. de la Ley 59 de 1987 y el art. 1º. del Decreto 1296 de 1990, las sociedades filiales y subsidiarias son a su turno son sociedades de economía mixta, frente a lo anterior, me permito manifiestarle lo siguiente:

Inicialmente, traemos a colación la naturaleza jurídica de INERCOLSA, y para los fines de calificar la naturaleza jurídica de INVERCOLSA, es del caso examinar la situación correspondiente al momento de su creación, así como en la actualidad, en particular con posterioridad a la expedición de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, por cuya virtud, a partir del 29 de noviembre de 2019, la participación accionaria de ECOPETROL en INVERCOLSA pasó de 43,35% al 51,88%,

Antecedentes de la naturaleza Jurídica.

INVERCOLSA es una sociedad comercial, constituida mediante E.P. 1970 del 30 de julio de 1990, otorgada en la Notaría 19 del Círculo de Bogotá, entre cuyos accionistas originales se encuentra ECOPETROL.

Al momento de la constitución de la referida sociedad, ECOPETROL era una empresa industrial y comercial del Estado, creada por la Ley 165 de 1948 y regida para entonces por el Decreto 62 de 1970.

INVERCOLSA se constituyó con aportes públicos y privados como una sociedad anónima comercial, en cuyo capital participó ECOPETROL, mediante la suscripción de 5.777.530 acciones, que representaban el 24.76% del capital suscrito y pagado de la compañía.

Por tal virtud, debe establecerse si INVERCOLSA nació a la vida jurídica como una entidad descentralizada¹ -sociedad de economía mixta-, a la luz de los Decretos 1050 de 1968, 3130 de 1968, 130 de 1976 y el Código de Comercio (Decreto Ley 410 de 1971), vigentes para la época de su constitución.

En particular, el Decreto 1050 de 1968 definió las sociedades de economía mixta en los siguientes términos:

ARTÍCULO 8. 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 autoridades 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 determinan en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social.

De análoga manera, el Decreto 130 de 1976 (art. 1º.), se refirió a las sociedades de economía mixta en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1. DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DE CARÁCTER NACIONAL. *Para que una sociedad de economía mixta pueda ser calificada como del orden nacional, en el acto de su constitución o en sus posteriores estatutos, se requiere que entre sus socios figuren la Nación o una de sus entidades descentralizadas.*

A su turno, el Artículo 461 del Código de Comercio definió las sociedades de economía mixta en los siguientes términos:

ARTÍCULO 461. *Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado.*

Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.

Es decir, para que una sociedad comercial pudiera reputarse sociedad de economía mixta en el año 1990, debían cumplirse los siguientes elementos esenciales: i) creación o autorización legal; ii) organización como sociedad comercial; iii) aportes de capital público y capital privado; y iv) organizarse para la realización de actividades de naturaleza industrial o comercial.

Es del caso, en consecuencia, determinar si INVERCOLSA satisfizo todos estos elementos y, en consecuencia, puede definirse como una sociedad de economía mixta desde el tiempo de su constitución. Veamos:

a) Autorización o creación legal

Se estableció en la Carta de 1886 que las entidades descentralizadas del orden nacional solamente nacían por voluntad del propio Estado, expresada en una ley expedida por el Congreso de la República. Desde entonces, dicha autorización constituye el acto habilitante para que la autoridad pública que participa en el acto constitutivo de una sociedad de economía mixta, comparezca válidamente en representación del Estado.

Al efecto, el art. 76 de la Constitución, tal y como resultó modificado a partir de la reforma constitucional de 1968, previó en sus Artículos 10 y 11, lo siguiente:

Art. 76, C.N. (Modificado por el art. 11 del Acto Legislativo No. 1 de 1968).- Corresponde al Congreso hacer las leyes.

Por medio de ellas ejercer las siguientes atribuciones:

[...]

10. Regular los otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los Artículos 62, 132 y demás preceptos constitucionales; expedir los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta, de las empresas industriales o comerciales del Estado, y dictar las normas correspondientes a las carreras administrativas, judicial y militar;

11. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional;

Posteriormente en ejercicio del poder constitucional de definir la estructura de la administración pública, la Carta de 1991 preservó en cabeza del legislativo la potestad de crear o autorizar la creación de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta:

ARTÍCULO 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

[...]

7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.

Es decir, desde antaño, por mandato constitucional y definición legal, las sociedades con aportes públicos y privados no adquieren la condición de entidades descentralizadas, sino en la medida en que la aportación oficial esté precedida de una autorización expresa del Estado. La Corte Constitucional ha acotado que no se trata de una autorización in genere, sino de una ley específica:

“La actual Constitución (...), art. 150, num. 7º, habla de crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta. Y hay que entender que siempre la ley, en el fondo, se limitará a autorizar la constitución de la sociedad de economía mixta, pues a ella debe seguir el contrato de sociedad que se celebra con los particulares, pues sin el aporte de éstos no puede hablarse de este tipo de sociedad.

“Ahora bien: ¿qué clase de ley es la que autoriza la creación de una sociedad de economía mixta? Una ley en sentido formal, pues sólo es ley por su origen y su formación, y no por su contenido. Este contenido no es general y abstracto, sino particular y concreto.

“Y por ser particular y concreto tiene que referirse a una sociedad determinada, individualizada (...). Tal ley, en consecuencia, debe determinar asuntos como éstos: la cuantía de los recursos públicos que se aportarán a la sociedad, su objeto, su domicilio, su duración, la proporción del capital público y privado, lo mismo que el grado de tutela por parte de la administración, y a qué dependencia corresponde ejercerla (...).

“En síntesis: a la luz de la Constitución es inaceptable una autorización indefinida e ilimitada para crear (...) sociedades de economía mixta”².

Para los efectos que nos interesan, debe destacarse que la Ley 59 de 1987 autorizó constituir sociedades a las entidades descentralizadas del sector de Minas y Energía, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1, L. 59/87.- De conformidad con lo previsto por los ordinales 10 y 11 del Artículo 76 de la Constitución Nacional, las entidades descentralizadas u organismos adscritos o vinculados al Ministerio de Minas y Energía, así como sus organismos descentralizados de segundo grado, podrán constituir entre sí o con otras personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, sociedades o asociaciones destinadas a cumplir las actividades comprendidas dentro de sus objetivos.

El Gobierno Nacional expedirá los estatutos básicos correspondientes.

ARTÍCULO 2, L. 59/87.- Previa la creación de las sociedades o asociaciones, el Gobierno Nacional, determinará, en cada caso, el grado de tutela administrativa, las condiciones y los porcentajes de participación accionaria de cada una de las entidades a que se refiere el Artículo primero de la presente Ley.

Es decir, para el año de 1990, fecha de creación de INVERCOLSA, el legislador había autorizado al Gobierno Nacional para que las entidades adscritas o vinculadas al Ministerio de Minas y Energía, como es el caso de ECOPETROL, en su condición -para entonces- de empresa industrial y comercial del estado, pudiesen concurrir a la creación de sociedades, en el bien entendido de que contribuyeran al cumplimiento de sus funciones.

Sin embargo, la autorización legal resultaba insuficiente para que ECOPETROL concurreniera con particulares a crear sociedades de economía mixta. De un lado, porque la propia Ley 59 de 1987 ordenaba que el gobierno debía expedir previamente los estatutos básicos de la nueva entidad y, de otro, porque el Artículo 29 del Decreto 1050 de 1968 consagró que para entidades de la naturaleza de ECOPETROL, era menester que la ley o un decreto gubernamental autorizaran su participación en la constitución de una sociedad comercial, para engendrar una entidad descentralizada. Dispuso el Artículo 29 mencionado:

ARTÍCULO 29. De la creación de sociedades por los organismos descentralizados. 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.

De allí que el Gobierno Nacional hubiese autorizado expresamente a ECOPETROL para intervenir en la creación de una sociedad, con inversionistas particulares, que se denominaría Inversiones de Gases de Colombia S. A. -INVERCOLSA-, cuyo objeto consistiría en centralizar las actividades económicas relativas a la distribución de gas. Para tal fin, previo al otorgamiento de la escritura pública de constitución de INVERCOLSA, se expidió el Decreto 1296 de 1990, donde se lee:

ARTÍCULO 1 La Empresa Colombiana de Petróleos -Ecopetrol- podrá participar con personas naturales o jurídicas en la constitución de la sociedad comercial anónima Inversiones de Gases de Colombia S. A. -Invercolsa-, cuyo objeto fundamental será el de centralizar las actividades económicas relativas a la distribución de gas.

ARTÍCULO 2 La Empresa Colombiana de Petróleos participará inicialmente hasta con un cuarenta y nueve por ciento (49%) del capital social, dentro de las condiciones que se indican en este Decreto y en los estatutos que se adopten, pero no ejercerá el derecho de preferencia sobre negociación de acciones.

ARTÍCULO 3 En desarrollo de las atribuciones consignadas en el Decreto 1050 de 1968 y en la Ley 1ª de 1984, el Ministerio de Minas y Energía adoptará los procedimientos correspondientes para vigilar el cumplimiento del objeto de la sociedad comercial Inversiones de Gases de Colombia S. A. -Invercolsa-.

Es decir, resulta inequívoco que en el caso sub examine, la participación de ECOPETROL como constituyente de INVERCOLSA, fue autorizada debida y anticipadamente, para lo cual se expidieron previamente las leyes y decretos que el orden jurídico disponía para el efecto, de suerte que puede afirmarse apodóticamente que se cumple con plenitud el primer requisito que debe observarse para la calificación de INVERCOLSA como sociedad de economía mixta, a partir de su “autorización o creación legal”.

b) Organización como sociedad comercial

No basta con la autorización precedente o el acto habilitante, de naturaleza oficial, para que la sociedad surja al mundo jurídico como entidad descentralizada. Se requiere, según las voces del art. 461 del Código de Comercio, en concordancia con el art. 8º. del Decreto Ley 1050 de 1968 (hoy art. 97 de la ley 489 de 1998), que la persona que se cree, se organice bajo la forma de sociedad, con sujeción a las disposiciones del Código de Comercio.

De allí que la doctrina confirma que la creación de una sociedad de economía mixta deviene de un acto complejo, de carácter concurrente, claro está. De un lado, la autorización legal y, del otro, la constitución de la compañía por escritura pública, como lo manda el Artículo 110 del Código de Comercio, para formalizar el contrato de sociedad y dar curso al surgimiento de la persona jurídica y a la autonomía patrimonial.

Por ello, en el marco de nuestra constitución vigente, ha dicho la Corte Constitucional:

*"La actual Constitución (...), art. 150, num. 7º, habla de crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta. Y hay que entender que siempre la ley, en el fondo, se limitará a autorizar la constitución de la sociedad de economía mixta, pues a ella debe seguir el contrato de sociedad que se celebra con los particulares, pues sin el aporte de éstos no puede hablarse de este tipo de sociedad"*³.

En el presente caso, se percibe que INVERCOLSA fue constituida como sociedad comercial, mediante Escritura Pública 1970 del 30 de julio de 1990, de la Notaría 19 de Bogotá, bajo la forma de sociedad anónima, acreditándose cabalmente la tipificación de todos los elementos sociales requeridos: (i) consentimiento de los socios, vertido para este propósito en el referido instrumento público; (ii) pluralidad de asociados (más de 5 accionistas por tratarse de una sociedad anónima); (iii) aportaciones, para integrar el capital social y dar paso a la autonomía patrimonial que nace de la sociedad autónoma, como una persona independiente de sus socios individualmente considerados y (iv) ánimo de lucro.

c) Aportes de capital público y capital privado

Para que una sociedad califique como de economía mixta, se requiere que concurren aportes a su capital provenientes del sector público y del sector privado. No es indispensable que el aporte oficial sea de un nivel mínimo, en desarrollo del denominado "principio de irrelevancia de proporcionalidad", a que hizo referencia la Corte Constitucional a finales de la década anterior:

*"La naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea "del Estado" o de propiedad de "particulares" sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada "mixta", por el Artículo 150, numeral 7º de la Constitución. De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni "mixta", sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución"*⁴.

Así las cosas, el porcentaje de participación del Estado no determina la naturaleza jurídica de la sociedad, aunque sí define el régimen legal a que queda sometida la sociedad, en la medida en que cuando el aporte público es igual o superior al 90%, quedan sometidas al marco legal que gobierna a las empresas industriales y comerciales del Estado y cuando el capital está integrado en un 50% o más por socios oficiales, las sociedades quedan sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, , salvo cuando compiten en el mercado (art. 14 de la Ley 1150 de 2007).

Está acreditado que INVERCOLSA se constituyó con capital público y capital privado, como se advierte en el acto constitutivo, por lo cual acredita este otro requisito para ser calificada sociedad de economía mixta.

d) Objeto: la realización de actividades de naturaleza industrial o comercial

Según el acto habilitante que permitió la constitución de INVERCOLSA con aportes de ECOPETROL, la sociedad receptora de la inversión tendría por objetivo centralizar las actividades económicas relativas a la distribución de gas, al tenor del Decreto 1296 de 1990.

En desarrollo de tal mandato, en el objeto de la sociedad constituida (cláusula 2ª. de la escritura de constitución 1970 de 1990, reformada por la E.P. 3227 de 2003), las actividades que integran el objeto social de INVERCOLSA constituyen actos de comercio, de naturaleza industrial y/o comercial:

ARTICULO SEGUNDO.- La sociedad tiene por objeto principal las siguientes actividades: A) Formar parte de compañías cuyo objeto social se relacione con actividades del sector energético, incluyendo actividades propias de la industria y el comercio de los hidrocarburos y de la minería.- B) La exploración, explotación, refinación, transformación, transporte, distribución y venta de hidrocarburos y sus derivados; la compra-venta, fabricación, manufactura, elaboración y arrendamiento de implementos tales como estufas, neveras, calentadores, cilindros, tanques, medidores, válvulas, grifos y elementos similares para líquidos y gases; la celebración y ejecución de actos y contratos relativos a los fines sociales anteriores; la adquisición, venta o arrendamiento de bienes destinados a la industria de hidrocarburos y sus derivados; la construcción de caminos, carreteras, oleoductos y gasoductos, líneas de conducción y otras facilidades, dentro del objeto principal; y en general toda clase de actividad lícita que fuere necesaria o conveniente para llenar los fines de la sociedad. Igualmente, la sociedad estará autorizada

para la constitución o el otorgamiento de garantías o cauciones dirigidas a respaldar o asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas con terceros por sus sociedades subordinadas o vinculadas

Conclusión: INVERCOLSA se organizó como sociedad de economía mixta.

De conformidad con las consideraciones precedentes, debe afirmarse que, desde su constitución, INVERCOLSA es una sociedad de economía mixta (arts. 8º., D.L. 1050 de 1968 y 461 del Código de Comercio) y, como tal, está sometida al régimen legal especial de dichas entidades descentralizadas.

Para los efectos de ley debe reputarse una entidad descentralizada del orden nacional, al tenor del art. 1º. del Decreto Ley 130 de 1976, porque entre sus accionistas figuraba una entidad del orden nacional: ECOPETROL.

2. Naturaleza de INVERCOLSA en la actualidad

Desde su fundación en 1990 y sin solución de continuidad, la sociedad comercial denominada INVERCOLSA ha sido una compañía cuya creación ha sido autorizada por la ley, mediante decreto gubernamental propio, organizada para la realización de actividades comerciales e industriales, cuyo capital se ha distribuido entre aportantes privados y públicos, por lo que debe reputarse una entidad descentralizada por servicios, que integra la Rama Ejecutiva del poder público nacional (art. 68, Ley 489 de 1998).

Esto significa que INVERCOLSA sigue siendo, en la actualidad, una sociedad de economía mixta, subsumida ahora en la definición que sobre el particular dicta el art. 97 de la ley 489 de 1998, donde se lee:

Art. 97, Ley 489 de 1998. 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.

Es cierto que la participación inicial de capital público a cargo de ECOPETROL, que inicialmente ascendió al 24.76%, ha cambiado a lo largo de la vida social de la empresa, pero se ha mantenido ininterrumpidamente la existencia de aportes públicos dentro del patrimonio de INVERCOLSA.

Inclusive, aunque es verdad que en desarrollo de un proceso de privatización, adelantado conforme al Artículo 60 de la Constitución Política y los Artículos 2º, 3º y 4º de la Ley 226 de 1995, así como al programa de enajenación contenido en el Decreto 2324 de 1996, el 2 de mayo de 1997 Fernando Londoño Hoyos compró acciones de Inversiones de Gases de Colombia S.A. -INVERCOLSA- que eran de propiedad de ECOPETROL, por un valor de NUEVE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES (\$9.274'000.000), lo cierto es que ni en medio de esta circunstancia INVERCOLSA dejó de poseer capital mixto, amén de que dicha transacción fue calificada como "ineficaz de pleno derecho" por parte de la Corte Suprema de justicia, en su sentencia de la Sala de Casación Civil del pasado 30 de octubre de 2019, lo que implica que debe reputarse que no produjo efecto jurídico alguno, con efectos ex tunc.

El capital actual de INVERCOLSA, refleja que es una sociedad mixta, con aportes preponderantemente de capital público, como quiera que ECOPETROL posee más del 50% del capital de la compañía, lo que determina que sea una entidad descentralizada del orden nacional:

Por ende, cumplidos los elementos fundacionales de toda sociedad de economía mixta, según el Decreto Ley 1050 de 1968, el Código de Comercio (art. 461) y el Decreto Ley 130 de 1976, los que se han mantenido a lo largo de su vida social, INVERCOLSA es en la actualidad una sociedad de economía mixta del orden nacional perteneciente al sector público de Minas y Energía.

Las sociedades de economía mixta son una expresión genuina de la intervención del Estado en la economía, porque este no está llamado a competir con el sector privado o a suplirlo, sino cuando ello se impone para resolver imperfecciones o fallas del mercado o cuando es necesario este modelo para utilizar vehículos especiales de inversión que faciliten el cumplimiento de políticas públicas, macro o sectoriales.

Es así como el surgimiento más vigoroso de la economía mixta se dio en la posguerra europea, particularmente en Francia, a mediados del siglo pasado, para consolidar el proceso de reindustrialización, a partir de la explotación de la energía eléctrica, la navegación fluvial y marítima, el transporte aéreo y, también, el transporte ferroviario.

Es desde esta perspectiva ontológica que puede concluirse que no basta la participación de capital público en una sociedad, para que esta adquiera la calidad de entidad descentralizada. Como se dispone entre nosotros, desde 1968, se requiere que las aportaciones oficiales sean expresamente aprobadas por la ley, por medio de la cual se determina las razones de interés público de la inversión y los mecanismos a través de los cuales el Estado se asegura que la entidad descentralizada habrá de ajustar el desarrollo de su empresa a los fines de la política pública.

Es por ello por lo que, para que nazca a la vida jurídica una sociedad de economía mixta, se requiere de un acto de autorización que está orientado a señalar las condiciones de participación del Estado; el orden al que pertenece la sociedad pública (nacional, departamental o municipal); así como la vinculación a un sector administrativo, para los fines del control que sobre ella habrá de ejercerse (art. 98, Ley 489 de 1998), lo que no obsta para que se disponga lo mismo en los estatutos internos de la sociedad, cuando esta muta de naturaleza, por la

participación en su capital de una entidad pública, en el curso de su vida (art. 101, Ley 489 de 1998).

Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia C-953/99 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, frente al particular expreso lo siguiente:

Es decir, que son dos las vías que pueden ser utilizadas para la "creación de filiales": la primera, por autorización directa de la ley, la ordenanza departamental o el acuerdo expedido por el concejo distrital o municipal para el efecto; y, la segunda, cuando existe una norma "en el correspondiente acto de creación y organización de la entidad o entidades participantes", que, aún cuando en apariencia sería indeterminada y general, queda sin embargo sometida a que en el capital de la nueva entidad se participe por la empresa industrial y comercial del Estado "con un porcentaje superior al cincuenta y uno por ciento (51%) del capital total", como lo exige el numeral primero del Artículo 94 de la misma ley, y, teniendo en cuenta que cuando se trate de filiales en las cuales participen particulares, quedan sometidos al régimen previsto por la ley para las sociedades de economía mixta, por expresa disposición del numeral quinto del citado Artículo 94 de la Ley 489 de 1998.

A ello ha de agregarse que el numeral sexto del Artículo 94 en mención, en cuanto hace al control administrativo sobre las empresas filiales, dispone que "en el acto de constitución" será necesario establecer "los instrumentos mediante los cuales la empresa industrial y comercial del Estado que ostente la participación mayoritaria asegure la conformidad de la gestión con los planes y programas y las políticas del sector administrativo dentro del cual actúen".

De esta suerte, lo que en apariencia sería una autorización general, con desconocimiento de la participación del Congreso de la República, las Asambleas Departamentales o los Concejos Municipales o Distritales respecto de la creación de filiales de empresas industriales y comerciales del Estado de los distintos niveles administrativos, -que es a lo que se concreta el cargo de inconstitucionalidad-, no lo es en realidad. En efecto, leído en su integridad el Artículo 94 de la Ley 489 de 1998, si se acude a ese mecanismo para el establecimiento de empresas filiales, las entidades estatales que, como empresas industriales y comerciales de esa categoría participen en la creación de aquellas tienen señaladas con antelación por el propio legislador, unas reglas precisas, determinadas, que permiten desde el comienzo, saber cuáles son las condiciones en que habrá de participar el ente estatal, pues la ley preve el porcentaje de capital mínimo que ha de aportarse, el régimen jurídico al cual habrá de someterse la filial y, además, se asegura, de antemano que la nueva entidad tendrá a su disposición instrumentos indispensables para que permitan que en el desarrollo de su objeto social la gestión que realice se articule, en un plano de coordinación, con los programas y las políticas del sector administrativo correspondiente, razones estas por las cuales se declarará la exequibilidad del aparte final del numeral 3º del Artículo 94 de la Ley 489 de 1998. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Así mismo, según ha señalado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

"Son entidades descentralizadas directas aquellas cuya creación es obra de la ley, la ordenanza o el acuerdo; en tanto que las descentralizadas indirectas son las que surgen por la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con la intervención de particulares, previa autorización legal".¹

De otra parte, sobre la naturaleza y constitución de las entidades descentralizadas indirectas, se refiere el Doctor Augusto Hernández Becerra, Ex Consejero de Estado mediante concepto emitido a este Departamento Administrativo con fecha del 17 de diciembre de 2015, a propósito del examen del concepto de entidad pública y entidades descentralizadas indirectas, así:

A estas últimas entidades se refiere el parágrafo del Artículo 49 (sic) de la Ley 489 de 1998 en los siguientes términos:

Las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal.

Las entidades descentralizadas indirectas de que trata el Capítulo XIII de la Ley 489 de 1998 están sujetas a los preceptos de esta ley porque forman parte de la organización de la Rama Ejecutiva que esta regula. De otra manera la ley no se ocuparía de ellas. Y para sostener que no forman parte de la administración pública o, en otras palabras, que no son entidades públicas, sería necesario que la ley de manera expresa así lo dispusiera.

La Ley 489 de 1998 regula en forma expresa tres tipos de entidades descentralizadas indirectas, esto es, las que surgen por la voluntad asociativa de las entidades públicas entre sí o con la intervención de particulares, en los Artículos 94, 95 y 96 (Subrayado fuera de texto)

(...)

Algo semejante ocurre con las entidades descentralizadas indirectas resultantes de la asociación entre entidades públicas (Artículo 96), que se constituyen "con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo." Las personas jurídicas creadas por entidades estatales en asocio con personas jurídicas particulares con el propósito de constituir asociaciones o fundaciones (Artículo 97), únicamente están autorizadas por la ley "para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley", lo cual deja en claro que cumplen funciones que tuvieron origen en el sector público del Estado, y a este sector quedan vinculadas por su objeto. Adicionalmente, la norma exige que en el acto constitutivo de dichas asociaciones y

fundaciones se indique en los objetivos y actividades a su cargo, con toda precisión, "la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes", y estipula la "sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas."

(...)

En relación con las entidades descentralizadas indirectas reguladas en Artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en este mismo concepto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó:

De los textos del párrafo del Artículo 49 y del Artículo 96, surge un tema común: ambos conciernen a las „entidades descentralizadas indirectas", y para referirse a ellas usan los términos constitución y acto constitutivo. Como se dijo atrás, estas entidades indirectas son una especie del género entidades descentralizadas, por ello y porque gozan de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente, es decir, reúnen los requisitos establecidos para las entidades descentralizadas por el Artículo 68 de la ley 489 de 1998 , forman parte del sector descentralizado de la administración pública; y en el caso de las asociaciones y fundaciones de que trata el Artículo 96, tienen como objeto principal "el cumplimiento de actividades propias de las entidades públicas". Como consecuencia de ser entidades descentralizadas, su constitución debe estar autorizada por la ley, la ordenanza o el acuerdo, pues la Constitución Política no las contempla como sujetos de régimen especial o diferente, y entonces el legislador no podría regularlas en contrario.²

A propósito de las entidades descentralizadas indirectas la Corte Constitucional ha destacado no solo su necesaria sujeción a la ley sino su localización dentro del ámbito público administrativo en los siguientes términos:

De conformidad con el Artículo 210 de la Carta se autoriza la creación de entidades descentralizadas por servicios del orden nacional, en virtud de una ley o por expresa autorización de ésta y, en todo caso, con acatamiento a „los principios que orientan la actividad administrativa". Ello significa que las entidades descentralizadas indirectas, con personalidad jurídica, que puedan surgir por virtud de convenios de asociación celebrados con exclusividad, entre dos o más entidades públicas deben sujetarse a la voluntad original del legislador...

...las características de persona jurídica sin ánimo de lucro y la sujeción al derecho civil se entienden sin perjuicio de los principios y reglas especiales propios de la función administrativa establecidos en el Artículo 209 de la Constitución, que para el derecho civil y normas complementarias no resultan de aplicación estricta e imperativa.³

Las entidades descentralizadas indirectas no son mencionadas ni caracterizadas como tales, de manera expresa, en el Artículo 38 de la Ley 489 de 1998, pero deben entenderse incluidas en el literal g), que incluye en las descentralizadas del orden nacional a "Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que

formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público." La evidencia de que esto es así la ofrece el capítulo XIII de la Ley 489 de 1998, que incluye en la denominación genérica "entidades descentralizadas" a las descentralizadas indirectas.

(...)

De acuerdo con las normas citadas, el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y las sentencias de la Corte Constitucional y Consejo de Estado en cita, se entiende que las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional. Por lo anterior, y en criterio de esta Dirección Jurídica, para constituir una empresa de economía mixta se requiere autorización y atender a lo dispuesto en la ley, de modo que para que una filial de una Empresa de economía mixta tenga la calidad de empresa de economía mixta se requerirá autorización de la ley, es decir los mismos requisitos que se tuvieron para la creación de la matriz.

En consecuencia, y para dar respuesta a su pregunta, las sociedades filiales de una empresa de economía mixta no son a su turno empresas de economía mixta, de tal forma que para adquirir dicha calidad se deberá atender a lo dispuesto en la Ley.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": /eva/es/gestor-normativo, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Luis Fernando Nuñez.

Revisó. Harold Herreño.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. De conformidad con la definición de entidades descentralizadas, prevista en el Artículo 1º. del Decreto Ley 3130 de 1968.
2. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-357 del 11/8/1994.
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-357 del 11/8/1994.
4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 953 de 1999.

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 14:04:10