



Concepto Sala de Consulta C.E. 00079 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

SEGUNDA VERSIÓN PARA DISCUSIÓN SALA

ASOCIACIONES ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS - Naturaleza jurídica. Régimen jurídico y presupuestal aplicable / ASOCIACIONES MIXTAS - Naturaleza jurídica. Régimen jurídico y presupuestal aplicable. Adscripción a otras entidades

Las personas jurídicas que surjan en virtud de lo dispuesto en los artículos 95 y 96 de la ley 489 de 1998, forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público y en virtud de lo dispuesto en el artículo 50 íbidem, deben necesariamente adscribirse a un ente u organismo del nivel nacional o territorial, según lo determine el acto de creación; se regulan por el Código Civil en lo relativo a su constitución, organización, funcionamiento y procedimiento de transformación. Las personas jurídicas constituidas con fundamento en el artículo 95 de la ley 489 de 1998, se rigen por lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, en particular, por el régimen presupuestal previsto para los establecimientos públicos. Por ende, tanto los recursos propios, como los que reciban a título de donación o cooperación no reembolsable, deberán reflejarse en el Presupuesto General de la Nación en los términos previstos en los artículos 33 y 34 de dicho estatuto. Las personas jurídicas de carácter mixto en su calidad de entidades descentralizadas indirectas, cuando pertenezcan a la Rama Ejecutiva del Poder Público en el nivel nacional, se encuentran dentro del ámbito de aplicación del artículo 4º del estatuto orgánico del presupuesto, respecto de los recursos de origen público y de aquellos que ingresen a su patrimonio a título de donación. En consecuencia, los recursos de carácter privado de este tipo de asociaciones se rigen por las normas estatutarias respectivas. Los recursos de cooperación internacional no reembolsables orientados a la gestión en el Sistema de Parques Nacionales Naturales canalizados a través de personas jurídicas constituidas con fundamento en los artículos 95 y 96 de ley 489 de 1998, forman parte del Presupuesto General de la Nación y deben ser incorporados al Presupuesto General de la Nación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 4, 33 y 34 del Estatuto Orgánico del Presupuesto. Finalmente, la transformación de una persona jurídica constituida con fundamento en el artículo 95 de la ley 489 de 1998, en una asociación de carácter mixto, debe regirse por el procedimiento contemplado para ello en sus estatutos sociales. Advierte la Sala, que como para su constitución, conforme al artículo 49 de la ley 489 de 1998 el Gobierno Nacional, el Gobernador o el Alcalde tuvieron que impartir una autorización previa, estas mismas autoridades deberán expresar su asentimiento para efectuar cualquier modificación estatutaria en torno a su naturaleza.

NOTA DE RELATORÍA: Autorizada la publicación con oficio 7269 de 26 de marzo de 2007.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

CONSEJERO PONENTE: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

Bogotá D. C., nueve (9) de noviembre de dos mil seis (2006)

Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00079-00 (1766)

Actor: MINISTRO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Referencia: Asociaciones entre entidades públicas y asociaciones de carácter mixto creadas en virtud de los artículos 95 y 96 de la ley 489 de 1998. Régimen jurídico y presupuestal aplicable.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, a solicitud del señor Contralor General de la República, consultó a la Sala sobre el régimen jurídico y presupuestal aplicable a las personas que surjan en desarrollo de los artículos 95 y 96 de la ley 489 de 1998. Al respecto, formuló los siguientes interrogantes:

1. *¿Las personas jurídicas que fueron constituidas con fundamento en el artículo 95 de la ley 489 de 1998 así como las constituidas con fundamento en el artículo 96 de la ley 489 de 1998 forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público?*

2. *¿Las personas jurídicas constituidas con fundamento en los artículos 95 y 96 de la ley 489 de 1998 respectivamente, necesariamente deben estar adscritas o vinculadas a algún ministerio o pueden adelantar actividades asociadas a funciones estatales sin existencia de dicho vínculo no obstante contar con una composición patrimonial estatal mayoritaria?*

3. *¿Cuál es el alcance de la sujeción a las disposiciones previstas en el Código Civil para las personas jurídicas constituidas con fundamento en los artículos 95 y 96 de la ley 489 de 1998, respectivamente?*

4. *¿Las personas jurídicas constituidas con fundamento en los artículos 95 y 96 de la ley 489 de 1998 se sujetan al artículo 3º o al 4º del decreto 111 de 1996 contentivo del Estatuto Orgánico del Presupuesto? ¿A qué régimen presupuestal se sujetan las personas jurídicas constituidas con fundamento en el artículo 95 y 96 de la ley 489 de 1998, respectivamente, en lo relativo tanto a los recursos de capital (especialmente donaciones entendidas como cooperación internacional no reembolsable de acuerdo al artículo 33 del decreto 111 de 1996), así como a los recursos propios?*

5. *¿Los recursos de cooperación internacional no reembolsables orientados a la gestión en el Sistema de Parques Nacionales Naturales (bienes públicos), canalizados a través de personas jurídicas constituidas con fundamento en el artículo 95 y 96 de la ley 489 de 1998 forman parte del Presupuesto General de la Nación en atención al artículo 33 del decreto ley 111 de 1996 y en consecuencia deben ser incorporados al Presupuesto General de la Nación?*

6. *¿Cuál sería el procedimiento para que una persona jurídica constituida con fundamento en el artículo 95 de la ley 489 de 1998 (asociación entre entidades públicas), haga transición al artículo 96 de la misma norma (constitución de asociaciones y fundaciones con participación de particulares)? ¿Tendría que crear una nueva persona jurídica o bastaría un acta de la junta directiva autorizando esa incorporación?*

-

Advertencia Preliminar

Como quiera que la consulta formulada a la Sala gira sólo alrededor del régimen jurídico y presupuestal aplicable a las personas que se creen en virtud de lo previsto en los artículos 95 y 96 de la ley 489 de 1998, este concepto se circunscribirá al análisis de la autorización otorgada por el legislador al efecto, sin detenerse en el estudio de las características de los convenios que las entidades estatales celebren entre sí o con particulares en desarrollo de los referidos preceptos.

La Sala avocará el estudio de los problemas jurídicos sometidos a su consideración, así: en primer término, examinará las características generales de las asociaciones creadas conforme a los artículos 95 y 96 de la ley 489 de 1998; en segundo lugar, los antecedentes, ubicación dentro de la estructura de la administración pública y el régimen jurídico y presupuestal aplicable a dichas personas jurídicas, y por último, el tratamiento de los recursos que ingresen a este tipo de asociaciones a título de asistencia o cooperación.

1. Asociaciones entre entidades públicas y de participación mixta. Aspectos Generales.

La ley 489 de 1998, por la cual se dictaron las normas sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, en desarrollo de los principios que informan la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Carta, prevé:

“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.

“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. 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”.

“ARTÍCULO. 96. 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 observancia 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 aquellas la ley.

“Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

“Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, estas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

“En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

- a) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;*
- b) Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas*
- c) La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad*
- d) La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;*
- e) La duración de la asociación y las causales de disolución”.*

Al amparo de los artículos transcritos es viable constituir nuevas modalidades de organización administrativa basadas en la cooperación entre entidades públicas y la colaboración de los particulares con el fin de cumplir funciones administrativas y alcanzar los cometidos estatales, cuya característica común, es la ausencia de ánimo de lucro que las diferencia de otro tipo de entes públicos como las sociedades.¹

De ahí que, en desarrollo de estas disposiciones sólo puedan constituirse personas jurídicas que carezcan de ánimo de lucro, cuyo objeto debe ser conexo directamente con las funciones atribuidas en la ley a las entidades que las conforman, con el fin de evitar que a través de estas nuevas modalidades de organización administrativa se hagan nugatorios los fines de las personas jurídicas creadas por el legislador y se modifique la destinación de los recursos públicos. Previsiones normativas, que como lo afirmó la Sala en concepto 1746 de 2006², son aplicables a las entidades del orden nacional y se hacen extensivas a las entidades descentralizadas territorialmente.

1. Asociaciones entre entidades públicas.

La modalidad de asociación exclusiva entre entidades públicas autorizadas en el artículo 95 de la ley 489 de 1998 estaba prevista en la legislación anterior y es el resultado del proceso de descentralización administrativa. La Sala se referirá brevemente a los antecedentes legislativos para establecer la evolución de su régimen jurídico.

2.1. Surgimiento de las asociaciones exclusivas entre entidades públicas

La doctrina administrativa ubica los primeros antecedentes de las asociaciones creadas exclusivamente por organismos públicos, en las décadas de los años 40 y 50, en las que las entidades descentralizadas pudieron crear nuevos entes, que adoptaron *“la forma y los regímenes previstos en el derecho privado (...) a los cuales no se aplicaban las normas de los organismos públicos, de carácter fiscal y administrativo”*³

No obstante dicha sujeción al derecho privado, la ley 151 de 1959⁴ sometió tales entes a la vigilancia fiscal de la Contraloría General de la República, en tanto hacían parte de la administración pública y sus bienes y rentas, por su origen, eran una desmembración del patrimonio público.

Con la reforma administrativa de 1968, se buscó unificar, entre otros aspectos, la naturaleza y el régimen de las personas jurídicas creadas a partir de la asociación de entidades públicas, al consagrar en el artículo 4º del decreto ley 3130 de 1968, la definición de entidad descentralizada indirecta y establecer que en el acto de creación de las mismas se debía, no sólo clasificar a la persona constituida dentro de las modalidades de organización administrativa tradicionales, sino precisar su pertenencia al orden nacional, departamental o municipal, teniendo en cuenta varios criterios, a saber: *“la naturaleza y ámbito del servicio, la proporción de las participaciones y la intención de sus creadores”*.

En desarrollo de lo anterior, el decreto ley 130 de 1976, derogado expresamente por el artículo 121 de la ley 489 de 1998, precisaba que las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se crearan por la asociación exclusiva entre entidades públicas se regían por las normas previstas para los establecimientos públicos, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 7º. De las asociaciones entre entidades públicas. A las personas jurídicas que se creen sin ánimo de lucro, por la asociación exclusiva de entidades públicas con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, se les aplican las normas previstas para los establecimientos públicos, sin perjuicio de las particularidades que contengan los actos de su creación. En todo caso, sus juntas o consejos directivos estarán integrados y sus representantes legales serán designados en la forma que prevean los correspondientes estatutos.” (Negrilla fuera de texto).

Lo anterior permite afirmar que en vigencia de la reforma administrativa de 1968, las personas jurídicas sin ánimo de lucro entre entidades públicas, por la naturaleza pública de sus integrantes y las funciones administrativas que estaban llamadas a desarrollar, se clasificaban como entidades públicas descentralizadas indirectas o de segundo grado y el régimen jurídico aplicable a sus actos, contratos y personal era el previsto para los establecimientos públicos.

Esto revela, la clara tendencia del legislador del 1968, de hacer prevalecer el derecho público en este tipo de entidades, aunque para su creación, el Estado recurra a las figuras y formas de asociación propias del derecho privado.

2.2. Antecedentes del artículo 95 de la ley 489 de 1998

Conservando la orientación general contenida en el artículo 7º del decreto ley 130 de 1976, el proyecto de ley 051 de 1997 que se presentó ante la Cámara de Representantes, consagraba expresamente que las personas jurídicas que surgieran de la asociación exclusiva entre entidades públicas se regirían en materia de actos unilaterales, contratación, personal, presupuesto y control por las disposiciones aplicables a los establecimientos públicos, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 9º. 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 creación de personas jurídicas.

“Las personas jurídicas que se creen por la asociación exclusiva de entidades públicas se sujetarán en cuanto al régimen de actos unilaterales, de contratación, relaciones con el personal, manejo presupuestal y régimen fiscal a las disposiciones previstas para los establecimientos

públicos. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su director o presidente”.⁵ (Resalta la Sala).

Sin embargo, durante el trámite, el legislador modificó su redacción original y con el fin de “agilizar y flexibilizar su funcionamiento”⁶ sujetó a las personas jurídicas que se creen entre entidades públicas a las normas del Código Civil y eliminó los apartes relativos a la aplicación de las disposiciones que rigen a los establecimientos públicos.

Es así como, el artículo 95 aprobado por el Congreso de la República, en cuanto al régimen aplicable dispone:

“ARTÍCULO 95. 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. 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”. (Negrilla fuera del texto original).

La Corte Constitucional en la Sentencia C-671 de 1999, como se explicará más adelante, precisó el alcance de la sujeción de las mismas al Código Civil.

2.3. Ubicación de las personas jurídicas que se conformen en virtud del artículo 95 de la ley 489 de 1998 en la estructura del Estado.

El artículo 38 de la ley 489 de 1998 establece que la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional está integrada por los organismos y entidades del sector central y del sector descentralizado por servicios.

A su vez, el sector descentralizado por servicios está conformado, entre otros, por los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las superintendencias, las empresas sociales del Estado, los institutos tecnológicos y científicos, las sociedades públicas y de economía mixta, así como, por “*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*”.

En concordancia con lo anterior, artículo 68 *ibídem* señala que son entidades descentralizadas del orden nacional, entre otras, “*las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales y comerciales, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio*”.

A la luz de las disposiciones citadas, es claro que la ley 489 de 1998, al igual que la legislación anterior, clasifica las personas jurídicas sin ánimo de lucro, constituidas entre entidades públicas como entidades descentralizadas indirectas,⁷ y por consiguiente, pertenecen a la administración nacional, departamental o municipal, según el orden o nivel al que se adscriban, tema que a continuación se analizará.⁸

2.4. Adscripción de las asociaciones entre entidades públicas

Conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la ley 489 de 1998, es viable la constitución de personas jurídicas sin ánimo de lucro para el cumplimiento de funciones administrativas entre entidades públicas que pertenezcan al mismo o diferente nivel (Nacional, Departamental o Municipal), así como, entre las del sector central y el descentralizado.

Ante esta gama de posibilidades de asociación, es procedente establecer, cuál es el tipo de control administrativo que se ejercerá sobre las personas jurídicas así creadas, el instrumento jurídico que debe contemplarla y los criterios a tener en cuenta para determinar el Ministerio, Departamento Administrativo o el ente del nivel territorial que se encargará de la orientación y coordinación de las políticas y los programas que éstas adelanten con los del sector administrativo del que hagan parte.

En concepto de esta Sala, en razón a la naturaleza pública de quienes las integran la persona jurídica que se cree en virtud del artículo 95 de la ley 489, el carácter público de su patrimonio y las funciones administrativas o la prestación de los servicios que constituyen el objeto y causa de su existencia, este tipo de entidades descentralizadas indirectas, necesariamente deben adscribirse a un ente u organismo de la administración central del nivel nacional o territorial, con el propósito de evitar la proliferación de entidades descentralizadas indirectas que se comporten como satélites al margen de las políticas generales del Gobierno Nacional y de las entidades territoriales a las que pertenezcan, según el caso.

Ahora bien, ¿Es jurídicamente viable que en el acto de creación de ese tipo de personas jurídicas, las partes determinen la adscripción a determinado organismo o entidad?

Con el fin de dar respuesta a este cuestionamiento, es pertinente transcribir parcialmente lo dispuesto en el artículo 50 de la ley 489 de 1998:

“ARTÍCULO 50. Contenido de los actos de creación. (...) “Parágrafo. - Las superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales estarán adscritos a los ministerios o departamentos administrativos; las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta estarán vinculadas a aquellos; los demás organismos y entidades estarán adscritos o vinculados, según lo determine su acto de creación.”.

Con fundamento en esta norma, considera esta Sala que las entidades públicas que pretendan asociarse son competentes para definir el ente u organismo a la cual se adscribirá la nueva persona jurídica que se constituya, teniendo en cuenta, entre otros criterios la naturaleza de las funciones administrativas o del servicio que se otorgue a la persona jurídica, el ámbito donde se ejercerán dichas funciones o prestar el servicio y la proporción de la participación de cada entidad.⁹

Lo anterior, debe entenderse sin perjuicio del control administrativo que se ejerce a través de la participación de las entidades asociadas en los órganos de dirección de la persona jurídica, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 de la ley 489 de 1993:

“ARTÍCULO 109. Control de las entidades descentralizadas indirectas y de las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado. El control administrativo sobre las actividades y programas de las entidades descentralizadas indirectas se ejercerá mediante la intervención de los representantes legales de los organismos y entidades participantes o sus delegados, en los órganos internos de deliberación y dirección de la entidad.

“Igual regla se aplicará en relación con las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.” (Resalta la Sala).

Por último, es relevante mencionar, que la Corte Constitucional en la sentencia C-1437 de 2000, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 42 de la ley 489 de 1998, declaró inconstitucional la expresión *“o el Gobierno Nacional”* que le otorgaba a éste la competencia para definir sobre la adscripción o vinculación de una entidad, argumentando que de acuerdo con lo previsto en el artículo 210 Superior, la definición del tipo de vínculo administrativo le corresponde de manera privativa al legislador.¹⁰

En opinión de la Sala, esta conclusión resulta inobjetable en el caso de las entidades de creación legal por constituir reserva del legislador tal decisión, pero no opera frente a las entidades descentralizadas indirectas que por definición se originan en la voluntad de las entidades públicas asociadas y en las autorizaciones consagradas en los artículos 49 y 95 de la ley 489 de 1998.

2.5. Alcance de la sujeción de las personas jurídicas conformadas entre entidades públicas a las normas del Código Civil.

La naturaleza jurídica de las entidades asociadas, el cumplimiento de funciones administrativas o la prestación de servicios objeto de la persona jurídica, el carácter público de los recursos que conforman su patrimonio y su clasificación como entidades descentralizadas indirectas, determinan que el régimen jurídico aplicable a este tipo de asociaciones, se integre con normas del derecho público y que no sea viable, so pretexto de flexibilizar y agilizar su funcionamiento, aplicarles exclusivamente el Código Civil.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-671 de 1999, al declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 95 de la ley 489 de 1998, moduló, con acierto, los alcances de aplicación del derecho privado a esta clase de entidades, 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 que, en ejercicio de la potestad conformadora de la organización -artículo 150, numeral 7 de la Constitución Política-, haya definido los objetivos generales y la estructura orgánica de cada una de las entidades públicas participantes, y los respectivos regímenes de actos, contratación, controles y responsabilidad.

“En consecuencia, la disposición en estudio sólo podrá considerarse ajustada a las normas superiores cuando la asociación surgida se sujete al mismo régimen que, en consonancia con la naturaleza de las entidades participantes y el régimen propio de función administrativa o de servicio público a su cargo hubiere señalado la ley de creación o autorización de éstas.

“Además, 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.

“Así las cosas la disposición acusada será declarada exequible bajo la consideración de que 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”. (Resalta la Sala).

De esta manera, la sujeción de estos entes al Código Civil, se contrae, de una parte, a la autorización que el legislador otorga a las entidades públicas para asociarse a través de formas propias de dicho Código, y de otra, a la aplicación de dicho régimen en materia de organización (estatutos, integración, derechos y obligaciones de sus miembros, órganos de dirección y quórum).

En concordancia con lo anterior, el procedimiento aplicable para transformar este tipo de asociaciones será el previsto en los estatutos de cada asociación y la decisión que en este sentido tomen las entidades públicas asociadas deberá contar con la mayoría en ellos dispuesta. Advierte la Sala, que como quiera que para su constitución, conforme al artículo 49 de la ley 489 de 1998 el Gobierno Nacional, el Gobernador o el Alcalde impartieron una autorización previa, estas mismas autoridades deberán expresar su asentimiento para efectuar cualquier modificación estatutaria en torno a su naturaleza.

Dispone el artículo 49 de la ley 489 de 1998:

“ARTÍCULO 49. Creación de organismos y entidades administrativas. (...) 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.”

Lo anterior, lleva a la Sala a afirmar que estas entidades tienen un régimen mixto, el consagrado en la ley 489 de 1998 en materia de autorizaciones para su creación y transformación, el de las entidades estatales que rige los actos unilaterales, contratos, responsabilidad y control y, el de derecho civil que regula su constitución, organización, funcionamiento y el procedimiento de transformación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional al condicionar la exequibilidad del artículo 95 de la ley 489 de 1998, no incluyó expresamente en la sentencia C-671 de 1999, el régimen presupuestal, dentro de las materias que debían regirse por el derecho público, cabe preguntarse, si éstas deben cumplir las normas previstas en el Estatuto Orgánico del Presupuesto o si, por el contrario, se rigen en esta materia por el derecho privado.

3. Aplicación del Estatuto Orgánico del Presupuesto a las personas jurídicas creadas en desarrollo del artículo 95 de la ley 489 de 1998.

El alcance de la aplicación del derecho civil a las personas jurídicas que se creen en virtud del artículo 95 de la ley 489 de 1998 merece un estudio adicional al que hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-671 de 1999 frente a las disposiciones contenidas en el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

En efecto, esta Sala considera que dicha providencia, al señalar que *“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”*, no agota la materia, máxime si se considera que las normas contenidas en aquél estatuto son jerárquicamente superiores a las de la ley 489 de 1998¹¹, razón suficiente para revisar si estas personas jurídicas están o no sujetas al mismo.

El artículo 3º del decreto 111 de 1996, por el cual se compilaron la ley 38 de 1989, la ley 179 de 1994 y la ley 225 de 1995, señala en materia de cobertura:

“ARTÍCULO 3º Cobertura del estatuto. Consta de dos (2) niveles: un primer nivel corresponde al presupuesto general de la Nación, compuesto por los presupuestos de los establecimientos públicos del orden nacional y el presupuesto nacional.

“El presupuesto nacional comprende las ramas legislativa y judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral, y la rama ejecutiva del nivel nacional, con excepción de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

“Un segundo nivel, que incluye la fijación de metas financieras a todo el sector público y la distribución de los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado, y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquéllas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la ley les otorga.

“A las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con el régimen de aquéllas, se les aplicarán las normas que expresamente las mencione (L. 38/89, art. 2º; L. 179/94, art. 1º)”

En concordancia con lo anterior, el artículo 4º consagra como regla general que todas las entidades públicas del orden nacional que no encajen dentro de las definiciones de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta o su asimiladas, se les debe aplicar *“para efectos presupuestales”* el régimen de los establecimientos públicos, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 4º Para efectos presupuestales, todas las personas jurídicas públicas del orden nacional, cuyo patrimonio esté constituido por fondos públicos y no sean empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta o asimiladas a éstas por la ley de la República, se les aplicarán las disposiciones que rigen los establecimientos públicos del orden nacional”.

En relación con el ámbito de aplicación de este precepto, la Corte Constitucional ha reconocido la existencia de sólo dos excepciones, en los siguientes casos:

·En la sentencia C-220 de 1997, estableció que las universidades estatales para efectos presupuestales no deben considerarse como establecimientos públicos, sino como entes autónomos –artículo 69 Superior-, cuyo régimen presupuestal es el ordenado por las normas de la ley 30 de 1992. Y,

·En la sentencia C-275 de 1998, exceptuó parcialmente de su aplicación a las Corporaciones Autónomas Regionales.

indirectas, cuyo patrimonio está constituido en su integridad por fondos públicos y no están amparadas bajo un régimen de autonomía constitucional ni legal que las excluya del ámbito de aplicación del artículo 4º del Estatuto Orgánico del Presupuesto, resulta claro, que cuando éstas pertenezcan al orden nacional se rigen por las normas presupuestales aplicables a los establecimientos públicos y, cuando estén adscritas a un ente u organismo del orden territorial se regirán por las normas orgánicas de la respectiva entidad, que dicho sea de paso, se rigen por los mismos principios.¹²

Lo anterior significa que las personas jurídicas producto de la asociación exclusiva entre entidades públicas deben incorporarse en el Presupuesto General de la Nación, en el capítulo relativo a las entidades descentralizadas.

En este punto, conviene advertir que, si bien es cierto, los compromisos presupuestales que adquieren las entidades públicas que decidan asociarse a través de esta modalidad deben reflejarse en el presupuesto como un gasto, también lo es que la entidad pública que surge de la asociación entre entidades públicas, conforme a lo dispuesto en el artículo 345 Superior - según el cual, no es viable hacer erogaciones con cargo al Tesoro que no se hallen incluidas en el presupuesto de gastos y decretada por el Congreso, las asambleas departamentales o por los concejos municipales -, deberá incluir en su presupuesto todos los ingresos y especificar los gastos que pretenda realizar durante la vigencia fiscal con cargo a dichos recursos.

La aplicación de la ley 80 de 1993 a las personas jurídicas creadas en virtud del artículo 95 de la ley 489 de 1993, resulta concordante con la aplicación del Estatuto Orgánico de Presupuesto en la medida en que la contratación pública se sitúa en uno de los extremos del proceso de presupuestación y los principios en materia presupuestal son una garantía adicional al manejo de los recursos y la racionalidad del gasto público.

Adicionalmente, es oportuno mencionar, que este tipo de personas jurídicas son sujetos de control fiscal, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 42 de 1993, en concordancia con el artículo 4º del decreto ley 267 de 2000.¹³

4. Asociaciones de carácter mixto sin ánimo de lucro.

Teniendo en cuenta que esta modalidad de la asociación entre entidades públicas y particulares, tampoco es, una creación de la ley 489 de 1998, la Sala se referirá al tratamiento jurídico en la legislación anterior a 1998.

4.1. Surgimiento de las asociaciones de carácter mixto.

En relación con la viabilidad de constituir asociaciones de carácter mixto, el artículo 6º del decreto ley 130 de 1976, establecía:

“ARTÍCULO 6º Sin perjuicio de lo que las normas especiales tengan establecido para algunas de ellas, las personas jurídicas que se creen para fines de interés público o social, sin ánimo de lucro, con recursos o participación de entidades públicas y de particulares, se someterán a las normas previstas para las corporaciones y fundaciones, según el caso, en el Código Civil y demás disposiciones pertinentes.” (Negrilla fuera del texto original).

Por tanto, en vigencia del artículo transcrito, las entidades públicas estaban facultadas para asociarse con particulares con fines de interés público o social, bajo el régimen previsto en el Código Civil para las corporaciones y fundaciones.

Cabe mencionar, que la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-372 de 1994, declaró inexecutable el artículo 6º del decreto ley 130, por considerar que el legislador no puede permitir que se manejen los recursos públicos con criterios exclusivamente de derecho privado y se “abra una puerta a espaldas de la Constitución Política para que se destinen los recursos del Estado a fines censurables que desconozcan de paso la vigencia del Estado social de derecho”. *Ratio decidendi* que no puede perderse de vista por la Sala, al analizar el régimen jurídico aplicable a las asociaciones de carácter mixto reguladas en el artículo 96 de la ley 489 de 1998, toda vez que a través de estas modalidades de asociación, las entidades estatales transfieren recursos públicos a título de participación.¹⁴

4.2. Antecedentes legislativos del artículo 96 de la ley 489 de 1998

En relación con los antecedentes legislativos de este artículo, la Sala destaca que el legislador concentró su atención en la sujeción de los convenios que las entidades estatales celebren con fundaciones o instituciones de utilidad común al artículo 355 de la Constitución Política.

Sobre la viabilidad de constituir personas jurídicas sin ánimo de lucro entre entidades públicas y particulares, el proyecto desde un principio consagró que el régimen aplicable era el previsto en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común, entre las cuales se cuentan, las asociaciones o corporaciones y fundaciones.

4.3. Ubicación de las personas jurídicas que se conformen en virtud del artículo 96 de la ley 489 de 1998.

Las personas jurídicas que se conformen por la asociación entre entidades estatales y particulares, cuyo objeto sea el cumplimiento de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que les asigna la ley son una expresión de la descentralización y hacen parte de las “demás entidades de naturaleza especial creadas o autorizadas por la ley” contempladas en el artículo 38 de la ley 489.

Así lo reconoció, la Corte Constitucional en la sentencia C-230 de 1995, en la cual, expuso:

“Las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos (...)”²⁵

En estos términos, al igual que las personas que nacen a la vida jurídica en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 95 de la ley 489 de 1998, las asociaciones de carácter mixto del artículo 96 ibídem, también tienen el carácter de entidades descentralizadas indirectas, según lo previsto en los artículos 38 y 68 de la misma ley.

De acuerdo con el carácter de entidades descentralizadas indirectas que ostentan, la Sala considera que éstas deberán adscribirse a un organismo o ente del sector central, pues la conexidad que debe existir entre el objeto de la misma y las funciones o cometidos de las entidades estatales que en ella participen, exigen un control directo de los organismos del nivel central, para de esta manera garantizar la coherencia de los proyectos que éstas desarrollen con la política del sector al cual pertenezcan. Lo anterior, sin perjuicio del control que se ejerza a través de la participación de las entidades públicas en la dirección de la asociación mixta en los términos del artículo 109 de la ley 489 de 1998.

En aplicación del artículo 50 ibídem, sus miembros deberán establecer en el acto de creación el ente u organismo del sector central del nivel nacional o territorial al cual deberán adscribirse. Cuando de la asociación hacen parte varias entidades estatales de diferente naturaleza y orden administrativo, se deberán ponderar entre ellas, los criterios generales sugeridos por esta Sala en el capítulo anterior, esto es, la naturaleza de las funciones administrativas o del servicio que se otorgue a la persona jurídica, el ámbito donde se ejercerán dichas funciones o prestar el servicio y la proporción de la participación de cada entidad

4.3. Alcance de la sujeción de las asociaciones de carácter mixto que se creen en virtud del artículo 96 de la ley 489 de 1993 a las normas del Código Civil.

El artículo 96 de la ley 489 de 1998 según el cual las personas jurídicas sin ánimo de lucro de carácter mixto que se conformen entre entidades estatales y particulares, se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-671 de 1999, sin condicionamiento alguno, lo que en concepto de la Sala, no impide, que en algunos aspectos, éste tipo de asociaciones se rijan por las normas propias del derecho público y los principios de la función administrativa.

En concepto de esta Sala, la conexidad que debe existir entre las actividades de la persona jurídica de carácter mixto y las funciones de las entidades estatales que la integran, así como, el carácter público de la participación de las entidades públicas, determinan su sujeción, en algunas materias, a las normas propias del derecho público, evitando que este tipo de entes se conviertan en un mecanismo de “simple traslado de recursos públicos a particulares”¹⁶

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia C-230 de 1995, al revisar la constitucionalidad del literal a) del ordinal 2º del artículo 2º de la ley 80 de 1993¹⁷, analizó el régimen aplicable a las asociaciones de carácter mixto desprovistas de ánimo de lucro que se constituyeron en vigencia del artículo 6º del decreto ley 130 de 1976,¹⁸ y manifestó que era perfectamente viable someter las asociaciones que cuenten con una participación pública mayoritaria, a las reglas y principios de la contratación administración pública.

Dijo esa Corporación en el fallo en comentario:

“La ley 80 de 1993 sometió a las corporaciones y fundaciones, en las cuales el Estado tenga una participación mayoritaria (art. 2o., ord. 1o, lit. a.), a las reglas y principios de la contratación de la administración pública y para ello las reconoció en el literal a) del ordinal 1 del art. 2 de dicha ley como entidades estatales. Consecuencialmente se determinó en el fragmento normativo acusado que sus representantes y los funcionarios de determinados niveles en quienes se delegue la celebración de contratos tienen el carácter de servidores públicos. Es claro, que supuesto lo primero tenía que establecerse lo segundo, porque de otra manera no se lograría alcanzar el propósito práctico de vincular al régimen de responsabilidades a quienes obraran en nombre de tales fundaciones y corporaciones, lo cual se adecua a lo establecido en los arts. 6 y 123 de la C.P.

“El encuadramiento de las corporaciones y fundaciones en la condición de entidades estatales y la calificación de sus directivos como servidores públicos, para los efectos indicados, no modifica ni la naturaleza de aquéllas ni la situación laboral particular de estos últimos con las referidas entidades, porque unas y otros siguen sometidos al régimen de derecho privado que les es aplicable, pues, como ya se dijo la referida clasificación se consagró exclusivamente para fines del manejo, control y responsabilidad de la inversión de los recursos públicos mediante la contratación.

*“No hay nada de extraño en la asimilación de dichas personas a servidores públicos, porque la asignación de funciones públicas a los particulares y su sometimiento a las normas especiales en lo relativo al desarrollo de tales funciones es hoy, por designio constitucional y técnica de administración -denominada descentralización por colaboración, que implica el ejercicio privado de una función administrativa- una posibilidad jurídica corriente, como igualmente lo es la sujeción de quienes manejan recursos del Estado a un régimen derecho especial (...)”.*¹⁹

Esta conclusión mantiene su validez, por cuanto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º de la ley 80 de 1993, las asociaciones de carácter mixto con participación mayoritaria del Estado que se constituyan en virtud del artículo 96 de la ley 489 de 1998 se consideran como entidades estatales y sus directivos servidores públicos para efectos de contratación.²⁰

En el mismo sentido, encuentra la Sala que este tipo de asociaciones mixtas son sujetos de vigilancia fiscal. Al respecto dispone el decreto ley 267 de 2000:

*“ARTÍCULO 4º Sujetos de vigilancia y control fiscal. Son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República: (...) 11. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones mixtas cuando quiera que administren recursos de la Nación”.*²¹

En consecuencia, la remisión a las normas propias de las entidades sin ánimo de lucro del Código Civil se debe entender circunscrita al sometimiento de ellas para efectos de su constitución, organización y funcionamiento.

5. Aplicación de las normas presupuestales de los establecimientos públicos a las personas jurídicas que se creen en desarrollo del artículo 96 de la ley 489 de 1998.

El artículo 4º del Estatuto Orgánico del Presupuesto, cuya transcripción, vale la pena repetir en este capítulo, prevé:

"ARTÍCULO 4º Para efectos presupuestales, todas las personas jurídicas públicas del orden nacional, cuyo patrimonio esté constituido por fondos públicos y no sean empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta o asimiladas a éstas por la ley de la República, se les aplicarán las disposiciones que rigen los establecimientos públicos del orden nacional (L. 179/94, art. 63)"

Para establecer, si las asociaciones de carácter mixto se encuentran dentro del ámbito de aplicación de este artículo, es necesario que reúnan las siguientes condiciones:

- a) Que se trate de personas jurídicas públicas del orden nacional.
- b) Que su patrimonio esté constituido por fondos públicos.
- c) Que no sean empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta o asimiladas a éstas por la ley.

En el caso en concreto, observa la Sala que, si bien es cierto, las personas jurídicas que se creen en virtud del artículo 96 de la ley 489 de 1998, son entidades descentralizadas indirectas que pueden estar vinculadas a la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, también lo es, que su patrimonio no se conforma exclusivamente de fondos públicos, sino con recursos de los particulares asociados, los cuales no están cubiertos dentro del ámbito de aplicación del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Con base en lo anterior, la Sala considera que la aplicación del régimen presupuestal de los establecimientos públicos a las personas jurídicas de carácter mixto constituidas en desarrollo del artículo 96 de la ley 489 de 1998, sólo puede predicarse de los recursos públicos que ingresen a su patrimonio a título de participación o aporte, así como, de aquellos que sean entregados directamente a las mismas a título de donación, en los términos de los artículos 33 y 34 del decreto 111 de 1996, como se explicará en el capítulo siguiente.

En consecuencia, los recursos de carácter privado que ingresan al patrimonio de este tipo de asociaciones se rigen por las normas del derecho privado y por las disposiciones estatutarias.

Cabe mencionar que la aplicación parcial del régimen previsto para los establecimientos públicos a las asociaciones de carácter mixto, según el tipo de recursos que ingresan al patrimonio de estos entes descentralizados indirectos, tiene como antecedente el pronunciamiento de la Corte Constitucional realizado en la Sentencia C-275 de 1998, a propósito de la sujeción de las Corporaciones Autónomas Regionales al artículo 4º del decreto 111 de 1996, según el cual:

"(...) en principio, están incluidas en el campo de aplicación del artículo 4o. demandado, pues éste señala que "Para efectos presupuestales, todas las personas jurídicas del orden nacional, cuyo patrimonio esté constituido por fondos públicos se les aplicarán las disposiciones que rigen para los establecimientos públicos."

"(...) en aras de que no se vulnere el núcleo esencial de la autonomía que la Constitución reconoció a esta clase de entidades, en relación con los recursos provenientes de la Nación, resulta procedente la aplicación de las normas del Estatuto Orgánico de Presupuesto, de conformidad con el artículo 4o. del decreto 111 de 1996, pero esta aplicación no se extiende al manejo de los recursos propios de las Corporaciones, entre los cuales se encuentran los contemplados en el artículo 317 de la Constitución".

6. Tratamiento presupuestal de los recursos de asistencia o cooperación internacional de carácter no reembolsable percibidos por las asociaciones entre entidades públicas y de carácter mixto.

Como quiera que el tratamiento presupuestal de los recursos de asistencia y cooperación no reembolsable que reciban las asociaciones entre entidades públicas y las de carácter mixto del nivel nacional, está directamente relacionado con la aplicación de las normas presupuestales

contenidas en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, es necesario establecer el marco general aplicable a este tipo de ingresos.

El artículo 31 del decreto 111 de 1996, clasifica los recursos derivados de donaciones como recursos de capital que deben incluirse como tales dentro de los correspondientes grupos y subgrupos.

Por su parte, el artículo 33 del mismo estatuto, en materia de recursos de asistencia o cooperación de carácter no reembolsable, dispone:

“ARTÍCULO 33. Los recursos de asistencia o cooperación internacional de carácter no reembolsables, hacen parte del presupuesto de rentas del Presupuesto General de la Nación y se incorporarán al mismo como donaciones de capital mediante decreto del Gobierno, previa certificación de su recaudo expedido por el órgano receptor. Su ejecución se realizará de conformidad con lo estipulado en los convenios o acuerdos internacionales que los originen y estarán sometidos a la vigilancia de la Contraloría General de la República.

“El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará de estas operaciones a las Comisiones Económicas del Congreso (Ley 179 de 1994, arts. 55, incisos 3 y 61, Ley 225 de 1995, art. 13).”

Y, el artículo 34, sobre los ingresos de los establecimientos públicos, señala:

“ARTÍCULO 34. Ingresos de los Establecimientos Públicos. - En el presupuesto de rentas y recursos de capital se identificarán y clasificarán por separado las rentas y recursos de los Establecimientos Públicos. Para estos efectos entiéndese por: a) Rentas propias: todos los ingresos corrientes de los establecimientos públicos, excluidos los aportes y las transferencias. b) Recursos de capital: (...) las donaciones. (Ley 38 de 1989, artículo 22, ley 179 de 1994, artículo 14).”

Las disposiciones orgánicas transcritas, permiten a la Sala afirmar que los recursos de asistencia y cooperación internacional de carácter no reembolsable que reciban las asociaciones del artículo 95 y 96 de la ley 489 de 1998, a las cuales le son aplicables las disposiciones relativas a los establecimientos públicos conforme a lo previsto en el artículo 4º del decreto 111 de 1996, deben incorporarse en el presupuesto de las mismas, como recursos de capital y reflejarse en el Presupuesto General de la Nación, en cumplimiento a lo previsto en los artículos 33 y 34 del decreto 111 de 1996.

Ahora bien, frente a los recursos que provengan de la donación o la celebración de convenios de cooperación multilateral o de organizaciones de carácter privado para la protección de los recursos naturales en áreas como la de parques nacionales naturales²², es importante distinguir las siguientes hipótesis:

a) Recursos donados al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial con destino a la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales

Según lo previsto en el artículo 19 del decreto 216 de 2003, la unidad administrativa especial del sistema de parques nacionales naturales, es una dependencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, sin personería jurídica²³, cuyo patrimonio se conforma, entre otros recursos, con aquellos que reciba por cooperación técnica nacional e internacional. Al respecto prevé el artículo 20 del decreto 216:

“ARTÍCULO 20. Recursos. Los recursos de la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales estarán conformados por: (...) 7). Los recursos que reciba por cooperación técnica nacional e internacional y los que reciba del Gobierno Nacional.”

Teniendo en cuenta, la naturaleza jurídica de esta unidad, resulta claro que los recursos que a título de donación o cooperación no reembolsable le sean entregados al Ministerio para el desarrollo de programas relativos al sistema nacional de parques naturales nacionales y a la unidad administrativa especial, deberán incorporarse como un ingreso de capital y reflejarse en el presupuesto de acuerdo con la regla general contenida en el artículo 33 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Esta conclusión, guarda concordancia con lo manifestado por esta Sala en el concepto 531 de 1993, sobre donaciones en dinero a nombre de la Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en el cual, se expuso que los recursos gratuitos que provienen de

Concepto Sala de Consulta C.E. 00079 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

13

EVA - Gestor Normativo

terceros, como por ejemplo, las donaciones provenientes de convenios internacionales; y las donaciones o legados que, en el orden interno, le hacen personas naturales o jurídicas, representados en dinero que tengan como destinatario al Estado, deberán hacerse figurar en el respectivo presupuesto financiero como ingresos ocasionales.

Cabe agregar, que en el concepto 1238 de 1999, la Sala precisó que la incorporación de los recursos de donación o asistencia en el Presupuesto General de la Nación, obedece a las mismas razones por las cuales el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto ordena incorporar los recursos parafiscales, es decir, "solamente para registrar la estimación de su cuantía", puesto que la ejecución de los mismos, en los términos del artículo 33 ibídem, se puede realizar "de conformidad con lo estipulado en los convenios o acuerdos internacionales que los originen".

b) Recursos donados para desarrollar proyectos relativos al sistema de parques nacionales naturales a través de una asociación exclusivamente conformada por entidades públicas.

El Artículo 6º del decreto 216 de 2003, por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y se dictan otras disposiciones, prevé entre las funciones de despacho del Ministro, la siguiente: "(...) 14. *Constituir con otras personas jurídicas de derecho público o privado, asociaciones o sociedades para la conservación, manejo, administración y gestión de las áreas del sistema de parques nacionales naturales, promoción y comercialización de bienes y servicios ambientales, y fomento de creaciones intelectuales, científicas, artísticas y ecoturísticas, entre otras, relacionadas con las áreas del sistema de parques nacionales naturales.*"

Cuando el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 95 de la ley 489 de 1998, en concordancia con lo previsto en el artículo 6º del decreto 216 de 2003, participe en la constitución de una asociación exclusiva entre entidades públicas, sin ánimo de lucro, para preservar o conservar los recursos naturales ambientales, entre ellos los parques nacionales naturales, la asociación así creada, como se ha venido explicando a lo largo de este concepto, deberá incorporarse en el Presupuesto General de la Nación, en el capítulo relativo a entidades descentralizadas, pues a ella les son aplicables las disposiciones presupuestales de los establecimientos públicos.

En consecuencia, las asociaciones entre entidades públicas del orden nacional deberán reflejar en su presupuesto todos los recursos de capital que se esperen recibir o reciban durante el año fiscal, incluyendo, por supuesto, aquellos que han sido donados por particulares o se derivan de la suscripción de convenios de cooperación o asistencia, cuyo destinatario directo sea la asociación.

c) Recursos donados para desarrollar proyectos relativos al sistema de parques nacionales naturales a través de una asociación de carácter mixto.

Como el artículo 4º del decreto 111 de 1996, es aplicable a las personas jurídicas constituidas entre entidades públicas y particulares, respecto de los recursos públicos y de los recibidos por éstas a título de donación o asistencia no reembolsable, estos últimos se deben incorporar en el Presupuesto General de la Nación, en el capítulo correspondiente a las entidades descentralizadas que reciben el mismo tratamiento presupuestal de los establecimientos públicos.

La sala responde

1. Las personas jurídicas que surjan en virtud de lo dispuesto en los artículos 95 y 96 de la ley 489 de 1998, forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder.

2. Las personas jurídicas constituidas con fundamento en los artículos 95 y 96 de la ley 489 de 1998, en virtud de lo dispuesto en el artículo 50 ibídem, deben necesariamente adscribirse a un ente u organismo del nivel nacional o territorial, según lo determine el acto de creación.

3. Las personas creadas en virtud de lo dispuesto en los artículos 95 y 96 de la ley 489 de 1998 se regulan por el Código Civil en lo relativo a su constitución, organización, funcionamiento y procedimiento de transformación.

4. Las personas jurídicas constituidas con fundamento en el artículo 95 de la ley 489 de 1998, se rigen por lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, en particular, por el régimen presupuestal previsto para los establecimientos públicos. Por ende, tanto los recursos propios, como los que reciban a título de donación o cooperación no reembolsable, deberán reflejarse en el Presupuesto General de la Nación en los términos previstos en los artículos 33 y 34 de dicho estatuto.

Las personas jurídicas de carácter mixto en su calidad de entidades descentralizadas indirectas, cuando pertenezcan a la Rama Ejecutiva del Poder Público en el nivel nacional, se encuentran dentro del ámbito de aplicación del artículo 4º del estatuto orgánico del presupuesto, respecto de los recursos de origen público y de aquellos que ingresen a su patrimonio a título de donación. En consecuencia, los recursos de carácter privado de este tipo de asociaciones se rigen por las normas estatutarias respectivas.

5. Los recursos de cooperación internacional no reembolsables orientados a la gestión en el Sistema de Parques Nacionales Naturales canalizados a través de personas jurídicas constituidas con fundamento en los artículos 95 y 96 de ley 489 de 1998, forman parte del Presupuesto General de la Nación y deben ser incorporados al Presupuesto General de la Nación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 4, 33 y 34 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

6. La transformación de una persona jurídica constituida con fundamento en el artículo 95 de la ley 489 de 1998, en una asociación de carácter mixto, debe regirse por el procedimiento contemplado para ello en sus estatutos sociales. Advierte la Sala, que como para su constitución, conforme al artículo 49 de la ley 489 de 1998 el Gobierno Nacional, el Gobernador o el Alcalde tuvieron que impartir una autorización previa, estas mismas autoridades deberán expresar su asentimiento para efectuar cualquier modificación estatutaria en torno a su naturaleza.

Transcríbase al señor Ministro del Interior y de Justicia. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO
Presidente de la Sala

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Secretaria de la Sala

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1396 de 2002. “Contrario al ánimo de lucro que preside el ánimo asociativo en las sociedades públicas y sociedades de economía mixta, las entidades que surgen de la asociación entre entidades públicas, cumplen funciones de índole administrativa como quiera que su finalidad es la, “de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo”, bien sea mediante la celebración de convenios interadministrativos o por la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.”

² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos acumulados 1746 y 1747 de 2006 .

³ Tafur, Galvis, Alvaro. Estudios de Derecho Público. Ediciones Gustavo Ibáñez.1997.

⁴ Ley 151 de 1959. Artículo 1º. “Las empresas y establecimientos públicos descentralizados, cualquiera que sea la forma de administración adoptada, son parte de la administración pública, sus bienes y rentas, por su origen son desmembración del patrimonio público, y están afectos a la prestación de servicios públicos, culturales o sociales, y a la regulación y fomento de la economía nacional, dentro de los límites que señala la Constitución. Las entidades que se trata tendrán autonomía administrativa, personería jurídica, y patrimonio independiente aportado, directa o indirectamente, por el Estado. (...)”.

⁵ Gaceta del Congreso No. 349 de 1997

⁶ Gaceta del Congreso No. 72 de 1998

⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1291 de 2000. “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”.

⁸ Esta Sala, en concepto 1291 de 2000, señaló que éstas personas jurídicas son una modalidad de organización administrativa, que hacen parte de la administración pública.

⁹ La ley 489 de 1998 a diferencia del decreto ley 3130 de 1968, guardó silencio sobre los criterios a tener en cuenta para determinar la adscripción de este tipo de entidades descentralizadas indirectas.

¹⁰ Ley 489 de 1998. “Artículo. 42.- Sectores administrativos. El sector administrativo está integrado por el ministerio o departamento administrativo, las superintendencias y demás entidades que la ley o el Gobierno Nacional definan como adscritas o vinculadas a aquellos según correspondiere a cada área.”

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-478 de 1992. “El rango cuasi-constitucional de las leyes orgánicas, que les permite ser el paradigma y la regla de otras leyes en las materias que regula”.

¹² Decreto 111 de 1996. Art. 109.- Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la Ley Orgánica del Presupuesto en lo que fuere pertinente. (...)”.

¹³ Ley 298 de 1996. Artículo 9º.; Resolución 400 de 2000. Artículo 2º (vigente hasta el 1º de enero de 2007); Resolución 222 de 2006. Aplicación del régimen de contabilidad general a las asociaciones constituidas entre entidades públicas.

¹⁴ Corte Constitucional. C-065 de 1997.

¹⁵ Ibáñez, Najar, Jorge Enrique. Las funciones públicas y la estructura del Estado para cumplirlas. Agosto 2006. Ediciones Justicia y Desarrollo Sostenible Ltda. “De acuerdo con la ley 489 de 1998, son entidades descentralizadas funcionalmente o por servicios del orden nacional, las siguientes: (...)10 Las demás entidades de naturaleza especial creadas o autorizadas por la ley, con el carácter de entidades descentralizadas del orden nacional. Entre ellas se pueden destacar las siguientes: a) El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y el Fondo de Garantías de Instituciones Cooperativas. b) El ICETEX. c) Las asociaciones entre entidades públicas. d) Las asociaciones y fundaciones creadas para el cumplimiento de actividades propias de las entidades públicas. (...).

“Descentralización territorial. De conformidad con lo previsto en la Constitución Política expedida en 1991, son entidades del orden territorial y por lo mismo constituyen el conjunto de entidades descentralizadas territorialmente, las siguientes: 1) Las entidades territoriales (...) 2. Las entidades descentralizadas, funcionalmente o por servicios en cada uno de los ordenes departamental, distrital o municipal, esto es, los establecimientos públicos (...) y las demás entidades de naturaleza especial (...) entre las cuales se pueden destacar, las asociaciones entre entidades públicas, las asociaciones y fundaciones creadas para el cumplimiento de actividades propias de las entidades públicas.”.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-506 de 1994.

¹⁷ Ley 80 de 1993. Artículo 2o. Se denominan servidores públicos. a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas.”.

¹⁸ Este artículo, tal y como se mencionó en el capítulo de antecedentes del presente concepto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-372 de 1994. Esa Corporación considerando los efectos que produjo frente a asociaciones que se crearon durante su vigencia estudio los cargos formulados en relación con la aplicación del artículo 2º de ley 80 de 1993.

¹⁹ Concordancia. Corte Constitucional. Sentencia C-949 DE 2001. “La ley permite a las asociaciones y fundaciones de participación mixta, someterse a la Ley 80 de 1993, con la precisión de que los funcionarios autorizados para suscribir contratos en su nombre, tienen la calidad de servidores públicos para esos efectos, pero para adelantar otras actividades ajenas a los procesos contractuales se someten al régimen de los particulares. Significa esto, que dichos funcionarios responden como servidores públicos en materia penal, disciplinaria y fiscal en el evento en que incurran en irregularidades en la gestión contractual. Las consideraciones que justifican atribuirle la calidad de servidores públicos a estos funcionarios no están relacionadas únicamente con el tema de la responsabilidad, sino también con la capacidad de contratación, en la medida en que si estas asociaciones y fundaciones de participación mixta manejan recursos públicos, su ejecución para los fines de la correspondiente entidad debe hacerse a través de la institución del contrato estatal.”

²⁰ Ley 80 de 1993.- Artículo. 2º- De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley: 1. Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las de-más personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.”

²¹ Ley 298 de 1996 Artículo 9º.; Resolución 400 de 2000. Artículo 2º.” El Plan General de Contabilidad Pública (...) debe ser aplicado por todos los organismos y entidades de las ramas del poder público (...) asociaciones o fondos, de creación directa o indirecta, donde la participación estatal sea del 50% o más de su capital (...). Nota: la Resolución 222 de 2006 de la Contaduría General de la Nación, deroga a partir del 1º de enero de 2007, el marco conceptual del plan general de contabilidad pública.

²² Ley 99 de 1993. “Artículo. 5º—Funciones del ministerio. Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente: (...) 22. Participar con el Ministerio de Relaciones Exteriores en la formulación de la política internacional en materia ambiental y definir con este los instrumentos y procedimientos de cooperación en la protección de los ecosistemas de las zonas fronterizas; promover las relaciones con otros países en asuntos ambientales y la cooperación multilateral para la protección de los recursos naturales y representar al Gobierno Nacional en la ejecución de tratados y convenios internacionales sobre medio ambiente y recursos naturales renovables.”.

²³ Decreto 216 de 2003. Artículo. 19.- Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales. La Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales - Uaesppn, es una dependencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, con autonomía administrativa y financiera, en los términos del literal j) del artículo 54 de la Ley 489 de 1998, encargada del manejo y administración del sistema de parques nacionales naturales y de los asuntos que le sean asignados o delegados.”.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 21:05:47