

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS - Creación y autorización para su constitución / DISTRITO CAPITAL - Atribución de competencias / CONCEJO DISTRITAL - Debe autorizar expresamente la creación de las entidades descentralizadas indirectas en el Distrito Capital / ALCALDE MAYOR DE BOGOTÁ - No tiene competencia para la creación ni para la autorización de la constitución de entidades, solamente la iniciativa de manera exclusiva ante el Concejo

El tema consultado se enmarca en el reparto de competencias entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional, y las atribuciones de las autoridades territoriales de elección popular, que la Constitución ha establecido y la ley ha desarrollado, para efectos de determinar la estructura y la organización de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública en todos sus niveles y sectores. El Congreso de la República, por medio de la ley, determina la estructura de la administración nacional, creando, suprimiendo o fusionando ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y “otras entidades del orden nacional”, y creando o autorizando la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta. El Presidente de la República tiene, de una parte, la facultad de suprimir o fusionar entidades, de conformidad con la ley, y de otra, con sujeción a los principios y reglas generales que fije la ley, puede modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos nacionales. A las asambleas departamentales y a los concejos municipales les compete determinar la estructura de la respectiva administración territorial, crear los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de las sociedades de economía mixta. Tratándose de una competencia constitucional propia, su ejercicio no está supeditado a que una ley general o particular lo autorice. En todos los casos, los proyectos correspondientes, de ley, ordenanza o acuerdo, requieren de la iniciativa del gobierno nacional, del gobernador y del alcalde. Los gobernadores y los alcaldes tienen la competencia para suprimir o fusionar entidades y dependencias departamentales y municipales. Las correspondientes normas constitucionales no prevén para estas autoridades, como tampoco para el Presidente de la República, la competencia para la creación ni para la autorización de la constitución de entidades, solamente les da iniciativa para ello, eso sí, de manera exclusiva. La figura de las entidades descentralizadas indirectas tuvo desarrollo legal más amplio en la normatividad proveniente de la reforma administrativa de 1968, con el mismo tratamiento de autorizaciones ahora vigente, y que sustentó el concepto jurisprudencial de que esas entidades constituían una modalidad de la descentralización por servicios. Quedó establecido que la Constitución Política y la ley 489 de 1998 contemplan la creación directa de las entidades que integran la administración pública, pero también la posibilidad de autorizar la constitución de las entidades descentralizadas indirectas, las sociedades de economía mixta, y las filiales de estas sociedades y de las empresas industriales y comerciales del Estado; hipótesis que es aplicable tanto al nivel nacional como al nivel territorial, y que como efecto de la distribución de competencias, debe contenerse en la ley, la ordenanza o el acuerdo, es decir, debe corresponder a actos proferidos por el Congreso de la República, o las Asambleas departamentales o los Concejos municipales. En la materia de la consulta, la distribución de competencias entre el Concejo Distrital y el Alcalde Mayor, hecha en el decreto 1421 de 1993, corresponde al mismo reparto establecido en las normas constitucionales el artículo 13 ordena que las atribuciones dadas al Concejo Distrital en materia de estructura de la administración de Bogotá, sólo pueden ser ejercidas por iniciativa del Alcalde Mayor. Es decir, como tiene dispuesto la Constitución Política para todos los alcaldes, el del Distrito Capital tampoco tiene la atribución de crear

entidades; sólo la iniciativa ante el Concejo Distrital. La creación de las entidades descentralizadas indirectas en el Distrito Capital de Bogotá, debe ser expresamente autorizada por el Concejo Distrital, por iniciativa del Alcalde Mayor, de conformidad con los artículos 12, numeral 9, y 13 del decreto 1421 de 1993. Para concurrir al acto de constitución, las entidades públicas autorizadas a participar deben contar con la autorización de que trata el parágrafo del artículo 49 de la ley 489 de 1998.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación el 20 de noviembre de 2007.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá, D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil siete (2007)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00066-00(1844)

Actor: MINISTRO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Referencia: Creación y autorización para la constitución de entidades descentralizadas indirectas. Atribución de competencias en el Distrito Capital.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, doctor Carlos Holguín Sardi, atendiendo la solicitud del señor Alcalde del Distrito Capital de Bogotá, eleva consulta sobre “la autoridad competente para autorizar la creación de entidades descentralizadas indirectas en el Distrito Capital”, teniendo en cuenta el artículo 12, numeral 9, del Decreto 1421 de 1993, que se refiere al Concejo Distrital, y el artículo 49 de la ley 489 de 1998 que incluye al Alcalde Mayor.

A continuación transcribe los artículos 12, numeral 9, del decreto 1421 de 1993, 49 y 96 de la ley 489 de 1998, y con base en ellos y en conceptos de esta Sala, plantea dos tesis:

La primera, según la cual *el Concejo Distrital es el competente para autorizar la participación del Distrito en otras entidades de carácter asociativo*. Se fundamenta en la función de ese órgano, de “... autorizar... la participación del Distrito en otras entidades de carácter asociativo...” (Decreto 1421/93, Art. 12-9); e invoca el concepto de fecha 26 de octubre del 2000, sobre el artículo 95 de la ley 489 de 1998, en el que esta Sala respondió que la modificación de la estructura y la naturaleza jurídica de una entidad territorial es factible “siempre y cuando en los actos de creación de las entidades asociadas exista autorización expresa para ello o dicha **autorización sea otorgada por la asamblea o el concejo**, según se trate de entidades departamentales o municipales.” (Destaca el consultante). Concluye que el numeral 9 del artículo 12 del decreto 1421 de 1993 está vigente y que “la autorización a que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 es genérica y no excluye la participación del Concejo Distrital en los términos indicados.”

La segunda tesis sostiene “*la competencia del Alcalde Mayor para autorizar la creación de entidades descentralizadas indirectas... sin la participación de la Corporación Pública de elección popular*”. Esta tesis se sustenta en los artículos

49 y 96 de la ley 489 de 1998, y hace referencia al inciso 3º del artículo 18 de la ley 142 de 1994¹, propio de las empresas de servicios públicos domiciliarios, y a la ley 29 de 1990 y demás normas sobre ciencia y tecnología que permitieron la creación de MALOKA². También se apoya en el concepto del 9 de noviembre del 2006, radicación 1766, emitido por esta Sala, en el que se respondió que tratándose de la transformación de una asociación de entidades públicas en una persona jurídica mixta "...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 autorización previa**, estas mismas autoridades deberán expresar su asentimiento para efectuar cualquier modificación estatutaria en torno a su naturaleza." (Destaca el consultante.) Y entonces concluye que el artículo 12, numeral 9, del decreto 1421 de 1993, fue derogado por el artículo 96 de la ley 498 de 1998, y que éste contiene una "autorización para todos los niveles territoriales sin requerir un Acuerdo Distrital expedido por el Concejo de Bogotá. Esta autorización del Concejo Distrital es sustituida por la del Alcalde Mayor, en los términos del artículo 49 de la Ley 489 de 1998."

Expuestas las tesis que acaban de resumirse, se formulan a la Sala las siguientes preguntas:

"1. ¿La autorización dada por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 para que las entidades públicas cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, puedan constituir asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias con participación de particulares, excluye la autorización que debe dar el Concejo Distrital, que trata el numeral 9 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993 o la autorización del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 es genérica y no excluye la autorización del Concejo Distrital?"

"2. ¿El numeral 9 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993 en lo que tiene que ver con la autorización para la participación del Distrito en otras entidades de carácter asociativo, se encuentra derogado tácitamente por el artículo 49 de la Ley 489 de 1998 o solo debe comprender las descentralizadas por servicios en sentido estricto, sin incluir las indirectas?"

"3. ¿Para la creación de entidades descentralizadas indirectas en el Distrito Capital se requiere únicamente la autorización del Alcalde Mayor, en virtud del artículo 49 de la Ley 489 de 1998 o se requiere de la autorización del Concejo Distrital en los términos del numeral 9 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993?"

Para responder la Sala CONSIDERA:

El tema consultado se enmarca en el reparto de competencias entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional, y las atribuciones de las autoridades

¹ Ley 142 de 1994, Art. 18, inc.3: "... Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas..."

² Ley 29 de 1990, Decreto 393/91, art. 1º Modalidades de asociación. Para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán asociarse con los particulares bajo dos modalidades. 1. Mediante la creación, y organización de sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones."

territoriales de elección popular, que la Constitución ha establecido y la ley ha desarrollado, para efectos de determinar la estructura y la organización de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública en todos sus niveles y sectores.

La Sala procederá a analizar el alcance de los artículos 49, parágrafo, y 96 de la ley 489 de 1998, particularmente respecto de las competencias del Concejo y del Alcalde Mayor del Distrito Capital.

1. Las competencias para determinar la estructura de la Rama Ejecutiva del Poder Público, en la Constitución y en la ley:

El Congreso de la República, por medio de la ley, determina la estructura de la administración nacional, creando, suprimiendo o fusionando ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y “otras entidades del orden nacional”, y creando o autorizando la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.³ El Presidente de la República tiene, de una parte, la facultad de suprimir o fusionar entidades, de conformidad con la ley, y de otra, con sujeción a los principios y reglas generales que fije la ley, puede modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos nacionales.⁴

A las asambleas departamentales y a los concejos municipales les compete determinar la estructura de la respectiva administración territorial, crear los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de las sociedades de economía mixta.⁵ Tratándose de una competencia constitucional propia, su ejercicio no está supeditado a que una ley general o particular lo autorice.⁶

En todos los casos, los proyectos correspondientes, de ley, ordenanza o acuerdo, requieren de la iniciativa del gobierno nacional, del gobernador y del alcalde.⁷

Los gobernadores y los alcaldes tienen la competencia para suprimir o fusionar entidades y dependencias departamentales y municipales.⁸ Las correspondientes normas constitucionales no prevén para estas autoridades, como tampoco para el Presidente de la República, la competencia para la creación ni para la autorización

³ C. P., Art. 150: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:...7º) 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 el 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.” Sobre el alcance de esta atribución, Cfr. Sentencias C-1190-00, C-350-04, entre otras.

⁴ C. P., Art. 189: “Corresponde al Presidente de la República...15) Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley. 16) Modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley.”

⁵ C. P., Art. 300: “Corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas ...7) Determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de sus dependencias...crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.” / Art. 313: “Corresponde a los concejos... 6) Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; ... crear a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.”

⁶ Por supuesto que como autoridades administrativas que son, en sus actuaciones deben actuar con sujeción a la Constitución y a la ley.

⁷ Cfr. C.P., Arts. 154, 300-inciso final, y 313-6

⁸ Cfr. C.P., Arts. 305-8 y 315-14

de la constitución de entidades, solamente les da iniciativa para ello, eso sí, de manera exclusiva.

Como puede observarse, los textos constitucionales distinguen las competencias de “crear” y “autorizar la constitución”, respecto de algunos de los tipos de entidades descentralizadas. En su sentido gramatical⁹, crear es “Establecer, fundar, introducir por vez primera algo”, autorizar es “Dar o reconocer a alguien facultad o derecho para hacer algo”, y constitución / constituir es “formar, componer, establecer, erigir, fundar”.

Significa entonces que la Constitución, en cuanto a la estructura de la administración nacional y territorial, establece un conjunto de competencias, las cuales pueden ser ejercidas por sus respectivos titulares en cualquier tiempo, y comprenden tanto la creación directa de entidades por la ley, la ordenanza o el acuerdo, como la autorización a unas entidades para que concurren a constituir otras. Punto sobre el que volverá la Sala.

El desarrollo legal de las competencias constitucionales que se han dejado enunciadas, se encuentra de manera general en la ley 489 de 1998¹⁰. Los artículos 1º y 2º, definen su objeto y su ámbito de aplicación, referidos al ejercicio de la función administrativa, la estructura, y los principios y las reglas básicas de la organización y el funcionamiento de “todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública”, expresión que incluye a las entidades territoriales, y que ratifica de manera expresa, cuando ordena que, sin perjuicio de su autonomía, a ellas les son aplicables “las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, ..., características y régimen de las entidades descentralizadas...”¹¹.

A lo largo de su articulado, esta ley 489 configura y da unidad conceptual a las formas, definiciones, características y al régimen de los distintos tipos de organismos y entidades con los cuales se integra la estructura de la administración pública, sin excluir la posibilidad de que el legislador - al igual que las asambleas departamentales y los concejos municipales - pueda crear o autorizar la constitución de otros modelos o tipos de personas jurídicas y sin contener autorización general o particular para la creación o constitución de entidad alguna, por cuanto asume de manera expresa las competencias constitucionales que para el efecto tienen los órganos plurales de elección popular y fundamenta en esas atribuciones la creación de las entidades descentralizadas en los niveles nacional y territorial de la administración pública, como pasa a estudiarse.

⁹ Cfr. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

¹⁰ Ley 489 de 1998 (diciembre 29) Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998.

¹¹ Ley 489/98, Art. 1o. “Objeto. La presente ley regula el ejercicio de la función administrativa, determina la estructura y define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública.” / Art. 2o. “Ambito de aplicación. La presente ley se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas. Parágrafo. Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política.”

De “la estructura y organización de la administración pública” se ocupa en particular el capítulo X de la ley en comento; para ello, en el artículo 38 se refiere a la *integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional*, distinguiendo los sectores central y descentralizado y relacionando los organismos y entidades que conforman cada uno de ellos; en el descentralizado, enumera las categorías típicas y a ellas agrega “*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.*”

El artículo 39 define la *administración pública* como el conjunto de organismos y entidades que integran la rama ejecutiva del poder público y los demás de *naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano*; introduce la clasificación entre organismos principales de la Administración y los demás, que les están adscritos o vinculados y que en cuanto “*gozan de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente conforman el Sector Descentralizado de la Administración Pública Nacional y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley.*” Clasificación que la misma norma repite para el nivel territorial, señalando que allí son organismos principales las gobernaciones, alcaldías, secretarías de despacho y los departamentos administrativos, y los demás les están adscritos o vinculados y deben cumplir sus funciones “*... en los términos que señalen la ley, las ordenanzas o los acuerdos, según el caso.*”

El capítulo XI trata de la “*creación, fusión, supresión y reestructuración de organismos y entidades*”; en este capítulo se ubica el artículo 49 que es parte del tema de la consulta y será analizado más adelante.

En el capítulo XIII, sobre las “*entidades descentralizadas*”, el artículo 68, primer inciso, las define para el nivel nacional mediante la enumeración de las categorías o tipos ya enunciados en el artículo 38, a los cuales agrega, igualmente, la expresión “*y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización...*”, caracterizándolas por su “*objeto principal*”, que debe corresponder al “*ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales*”, y porque deben tener personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio; ordenando en el inciso siguiente:

“Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.”

Es evidente la intención del legislador de establecer de la manera más precisa cuál es el marco normativo de las entidades descentralizadas y el orden de su aplicación. Y ahonda en el tema de la competencia para la creación de estas entidades *por la ley, la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización*, en los niveles nacional y territorial, cuando en el artículo 69 prevé:

Artículo 69. “Creación de las entidades descentralizadas. Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente ley. El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política.”

Obsérvese que cuando la norma reitera la necesaria intervención del Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, en la creación de las entidades descentralizadas, no excluye a las denominadas indirectas, y no podría hacerlo porque si bien la Constitución Política no las menciona tampoco contiene elementos que fundamenten un régimen diferente o especial; por su parte, el legislador, al desarrollar los numerales 15 y 16 del artículo 189 constitucional, en la ley 489 de 1998, las ubica como parte del capítulo XIII, “entidades descentralizadas”, de manera que esta denominación configura un concepto genérico del que forman parte las descentralizadas indirectas.

Recuérdese también que la figura de las entidades descentralizadas indirectas tuvo desarrollo legal más amplio en la normatividad proveniente de la reforma administrativa de 1968, con el mismo tratamiento de autorizaciones ahora vigente¹², y que sustentó el concepto jurisprudencial de que esas entidades constituían una *modalidad de la descentralización por servicios*¹³.

Para finalizar este punto, considera la Sala importante destacar la uniformidad de la jurisprudencia constitucional y de esta jurisdicción especial, en cuanto a la distribución de las competencias para determinar la estructura de la administración pública y su organización, expresada en la necesaria intervención del Congreso, las Asambleas y los Concejos para crear o autorizar la creación de las entidades descentralizadas¹⁴, así como en la inconstitucionalidad de las disposiciones o expresiones que puedan interpretarse como asignación de competencias permanentes al ejecutivo para esos efectos.¹⁵

2. Las autorizaciones para la constitución de entidades estatales:

Quedó establecido que la Constitución Política y la ley 489 de 1998¹⁶ contemplan la creación directa de las entidades que integran la administración pública, pero también la posibilidad de autorizar la constitución de las entidades descentralizadas indirectas, las sociedades de economía mixta, y las filiales de estas sociedades y de las empresas industriales y comerciales del Estado; hipótesis que es aplicable tanto al nivel nacional como al nivel territorial¹⁷, y que como efecto de la distribución de competencias, debe contenerse en la ley, la ordenanza o el acuerdo, es decir, debe corresponder a actos proferidos por el Congreso de la República, o las Asambleas departamentales o los Concejos municipales.

En el nivel nacional se encuentran como ejemplos de estas autorizaciones:

a) las otorgadas a un tipo específico de entidades en razón de la actividad que constituye su objeto principal; es el caso de las *empresas de servicios públicos*

¹² Cfr. Decreto ley 3130 de 1968, Art. 4º y Decreto ley 130 de 1976, especialmente.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-230-95, entre otras.

¹⁴ Entre otras, ver: Corte Constitucional, Sentencias C-671-99, C-702-99, C-953-99, C-1442-00, C-482-02, C-880-03, C-151-04, C-306-04, C-350-04, C-044-06, C-177-07 / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera: Sentencias del 16 de octubre de 1997, Rad. 3936; del 22 de noviembre del 2002, Rad. 7976; de 22 de abril del 2004, Rad. 8574; de octubre 11 del 2006, Rad. 50001-23-31-000-1998-90201-01 / Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos del 13 de septiembre de 2002, Rad. 1438; del 26 de octubre del 2000, Rad. 1291; del 15 de junio del 2006, Rad. 1746-1747; del 9 de noviembre del 2006, Rad. 1766.

¹⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-357-94, C-1437-00

¹⁶ Cfr. Arts. 150-7, 300-7 y 313-6; Ley 489 de 1998, Arts. 38, 39, 49, 68, 69

¹⁷ Solamente para el nivel nacional, la Constitución prevé la autorización para constituir empresas industriales y comerciales del Estado. Ver citas 3, 4 y 5.

domiciliarios autorizadas por la ley 142 de 1993¹⁸ para que *participen como socias en otras empresas de servicios públicos o en empresas proveedoras de servicios o bienes escasos y necesarios para el desarrollo del objeto de aquellas o se asocien para desarrollar su objeto;*

b) las concedidas a un grupo de entidades, de distinto tipo, para la realización de una finalidad específica; así es la autorización conferida por el decreto ley 393 de 1991¹⁹, para que *la Nación y sus entidades descentralizadas puedan asociarse con los particulares mediante la creación y organización de sociedades civiles, comerciales o personas jurídicas sin ánimo de lucro, para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías;*

c) las atribuidas a un organismo en particular; como ocurre en la ley 397 de 1997, que “con el fin de promover la creación, investigación y difusión de las diversas manifestaciones artísticas y culturales” autoriza al Ministerio de Cultura “para participar en la creación de los fondos mixtos departamentales, distritales, municipales y de los territorios indígenas conforme a la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional, así como para realizar aportes y celebrar convenios de fomento y promoción de las artes y la cultura con dichos fondos”²⁰;

d) las conferidas a una entidad en particular, como sucede con ECOPETROL S.A., respecto de la cual la ley 1118 del 2006 regula su organización como una sociedad de economía mixta de *carácter comercial*, cuyo objeto social es igualmente de naturaleza comercial, sujeta al régimen del derecho privado, y de manera expresa se le confiere la autorización para *establecer subsidiarias*.²¹

Los ejemplos anotados permiten ver las diferentes maneras que revisten estas necesarias autorizaciones de ley, en el nivel nacional; que, de acuerdo con la Constitución y la ley 489 de 1998, se replican en las autorizaciones que competen a las Asambleas y los Concejos.

3. Los artículos 49, parágrafo, y 96 de la ley 489 de 1998:

Vista la armonía entre la Constitución Política y la ley 489 de 1998, en cuanto a la competencia del Congreso de la República, las Asambleas Departamentales y los

¹⁸ Cfr. Cita 1 de este concepto.

¹⁹ D. L. 393 de 1991, “Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías” Art. 1º: contempla dos modalidades de asociación, una es la “creación y organización de sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones”, y la otra es “la celebración de convenios especiales de cooperación”. Este decreto fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno Nacional por la ley 27 de 1990, entre otras, para “dictar las normas a que deben sujetarse la Nación y sus entidades descentralizadas para asociarse con los particulares en actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnología.” (Art. 11, numeral 2).

²⁰ Ley 397 de 1997, “Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de Cultura y se trasladan algunas dependencias”. Cfr. Art. 63. Declarado exequible en sentencia C-671-99.

²¹ Ley 1118 de 2006, “Por la cual se modifica la naturaleza jurídica de ECOPETROL S.A., y se dictan otras disposiciones”, Art. 1. “Naturaleza jurídica de ECOPETROL S.A. Autorizar a ECOPETROL S. A., la emisión de acciones para que sean colocadas en el mercado y puedan ser adquiridas por personas naturales o jurídicas. Una vez emitidas y colocadas total o parcialmente las acciones de que trata la presente Ley, la sociedad quedará organizada como una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía; se denominará ECOPETROL S. A., su domicilio principal será la ciudad de Bogotá, D.C. y podrá establecer subsidiarias, sucursales y agencias en el territorio nacional y en el exterior”. En armonía con el código de Comercio, Arts. 260 y ss, sobre las subsidiarias como sociedades subordinadas.

Concejos Municipales para determinar la estructura y la organización de las administraciones nacional y territorial, respectivamente, y en particular para crear o autorizar la constitución de las entidades descentralizadas en ambos niveles, es menester analizar el alcance del parágrafo del artículo 49 de la ley 489 de 1998 y determinar si, como lo plantea la consulta, las entidades de que trata el artículo 96 de la misma ley pueden ser creadas sin intervención de los concejos municipales o, para el caso, del Distrito Capital.

El artículo 49 se refiere a la creación de organismos y entidades administrativas del nivel nacional, estableciendo que ella corresponde a la ley, pero que tratándose de las empresas industriales y comerciales, la ley puede crearlas o autorizar su creación, y que las sociedades de economía mixta “serán constituidas” por autorización legal. Su parágrafo dice textualmente:

“Parágrafo. 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.”

Por su parte, el artículo 96 regula dos situaciones diferentes que pueden surgir de la asociación entre entidades públicas y entre éstas y las personas jurídicas privadas, a saber: “la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas”²². Respecto de la primera, esto es, de los convenios, la norma ordena su celebración con sujeción al artículo 355 de la Carta; y si bien no es tema de la consulta, la Sala considera oportuno mencionar el concepto emitido el 23 de febrero del 2006²³, en el que concluyó sobre la posibilidad de celebración de esos convenios siempre que se obtenga “la autorización expresa del representante legal de la Nación o de la entidad territorial correspondiente”, conforme claramente lo exige el artículo 4º del decreto 777 de 1992 que desarrolla el artículo 355 constitucional, no siendo necesaria la intervención de las respectivas corporaciones públicas de elección popular puesto que dicho convenios no inciden en la estructura de la administración.

La segunda situación que regula el artículo 96 es la “constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares”, previendo la posibilidad de que las entidades públicas “cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo” se

²² Ley 489/98, Art. 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 aquéllas 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, éstas 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: ...”

²³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 23 de febrero del 2006, Rad. 1.710, C.P. Luis Fernando Alvarez Jaramillo. Consulta elevada por el Ministerio de Transporte con relación a la viabilidad de la celebración de convenios entre INVIAS y la Federación Nacional de Cafeteros. Autorizada la publicación con el oficio 10972 de 10 de marzo de 2006.

asocian con “personas jurídicas particulares” creando personas jurídicas que desarrollen sus cometidos y funciones. Y estatuye que “*En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá*” lo relativo a los objetivos y actividades, que deben corresponderse con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes; a los compromisos y aportes iniciales y al sostenimiento de la nueva entidad; a sus órganos de dirección y administración; a la duración y las causales de liquidación de ella.

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 1998²⁴, 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.

La ley 489 de 1998 usa las expresiones, “*se constituirán...previa autorización*”, en el párrafo del artículo 49, y “*En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica...*”, en el inciso cuarto del artículo 96. ¿Cuál puede ser su significado?

Según se destacó en el punto 1 de este concepto, cuando la Constitución Política regula las competencias de los órganos plurales de elección popular en materia de estructura de la administración pública incluye la de crear todas las entidades descentralizadas, salvo las sociedades de economía mixta para las cuales pueden autorizar su constitución. Esa diferencia tiene un sentido y un procedimiento: se trate de entidades con o sin ánimo de lucro, son entidades de naturaleza societaria o asociativa, en la medida en que efectivamente se constituyen por el acuerdo de dos o más personas, sean éstas naturales o jurídicas; ese acuerdo necesariamente debe recogerse en un contrato de sociedad o de avocación, sujeto a formalidades y requisitos que son determinantes para la existencia de la nueva persona jurídica y para los efectos entre los socios o asociados y ante los terceros.

En el caso de las sociedades públicas o mixtas, y de las asociaciones públicas o mixtas, ocurre igual: su constitución no surge por el mero hecho de la autorización de la ley, la ordenanza o el acuerdo, sino que requiere de un acto de naturaleza contractual; respecto de las entidades de que trata el artículo 96 de la ley 489 de 1998, el contenido de ese acto de constitución está detallado en la misma norma.

Significa entonces que, dentro del procedimiento de constitución de una entidad descentralizada indirecta, están previstas dos autorizaciones: la primera, ordenada por la Constitución, proveniente de la ley, la ordenanza o el acuerdo, por la cual se

²⁴ Cfr. ley 489/98, art. 39, inciso tercero.

faculta a unas entidades para que constituyan otra; la segunda, ordenada por la ley, que debe proceder del gobierno nacional, el gobernador o el alcalde, para que esas entidades concurren al acto de constitución de la nueva y suscriban el correspondiente contrato de sociedad o de asociación. Es claro que en razón de la supremacía de la Constitución, esta segunda no puede sustituir a la primera; y que es competencia del legislador establecer los requisitos para la creación o constitución de las personas jurídicas, siempre que no se opongan a los de estirpe constitucional. A esta autorización se refiere el parágrafo del artículo 49 de la ley 489 de 1998, específicamente para las entidades descentralizadas indirectas, como requisito del acto de constitución de las mismas, que a su vez debe estar precedido por la autorización conferida por la ley, la ordenanza o el acuerdo, según el nivel nacional o territorial de las respectivas entidades concurrentes.

4. Las competencias en el Distrito Capital de Bogotá:

Respecto del Distrito Capital, la reforma de 1991 introdujo un “régimen especial”²⁵ para Bogotá, en cuanto capital de la República, en el inciso segundo del artículo 322²⁶ a cuyo tenor:

“Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.”

Está vigente como ley especialmente dictada para el Distrito Capital, el decreto 1421 de 1993 o Estatuto de Bogotá²⁷, complementado con las leyes aplicables a los municipios²⁸, según ordena la Carta.

En la materia de la consulta, la distribución de competencias entre el Concejo Distrital y el Alcalde Mayor, hecha en el decreto 1421 de 1993, corresponde al mismo reparto establecido en las normas constitucionales estudiadas atrás. En efecto:

“Artículo 12: Atribuciones. Corresponde al Concejo Distrital, de conformidad con la Constitución y la ley: ...

8. Determinar la estructura general de la Administración Central, las funciones básicas de sus entidades y adoptar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos.

9. Crear, suprimir y fusionar establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de

²⁵ Constitución Política, Título XI De la organización territorial, Capítulo VI, Del régimen Especial, Arts. 322 a 327. La jurisprudencia ha sido constante en interpretar que lo “especial” de este régimen radica en “su singularidad o particularidad”, y no en que los ordenamientos que lo contengan “estén sujetos a un trámite legislativo distinto” al de las leyes ordinarias. Cfr. Sentencias C-778-01, C-896-01, C-950-01.

²⁶ Const. Pol., Art. 322 (Texto reformado por el Acto legislativo 01 del 2000, que cambió el nombre de Santa Fe de Bogotá por Bogotá) “Bogotá, capital de la República y del departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital. / Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios. / Con base en las normas generales que establezca la ley, el concejo a iniciativa del alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas. / A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio.”

²⁷ Decreto 1421 de 1993 (Julio 21), “Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá”. Diario Oficial No. 40.958., del 22 de julio de 1993.

²⁸ Ley 136 de 1994 y sus reformas.

economía mixta y la participación del Distrito en otras entidades de carácter asociativo, de acuerdo con las normas que definan sus características....”

Obsérvese que el numeral 9 transcrito está en consonancia con las competencias constitucionales de los Concejos Municipales²⁹, cuando, tratándose de las entidades descentralizadas, faculta al Concejo Distrital para *crearlas y autorizar la constitución* de sociedades de economía mixta y de entidades de naturaleza asociativa.

También hace notar la Sala que en vigencia de la ley 489 de 1998, la expresión “otras entidades de carácter asociativo” corresponde a las entidades descentralizadas indirectas y en particular a las reguladas por el artículo 96 de la ley 489 en comento, puesto que éstas surgen precisamente por la asociación de otras.

Volviendo al decreto 1421 de 1993, el artículo 13 ordena que las atribuciones dadas al Concejo Distrital en materia de estructura de la administración de Bogotá, sólo pueden ser ejercidas por iniciativa del Alcalde Mayor.³⁰

Por su parte el artículo 35 del mismo decreto 1421 de 1993 establece las “atribuciones principales” del Alcalde Mayor, y respecto de la estructura y organización de la administración distrital, sólo contempla la de: “...10. *Suprimir o fusionar las entidades distritales de conformidad con los acuerdos del Concejo.*”

Es decir, como tiene dispuesto la Constitución Política para todos los alcaldes³¹, el del Distrito Capital tampoco tiene la atribución de crear entidades; sólo la iniciativa ante el Concejo Distrital.

Este reparto de competencias está reiterado en el artículo 55³² del decreto 1421, cuyo primer inciso es del siguiente tenor:

²⁹ Comparar con artículo 313-6 de la Constitución.

³⁰ Decreto 1421/93, Art. 13: “Iniciativa. Los proyectos de acuerdo pueden ser presentados por los concejales y el alcalde mayor por conducto de sus secretarios, jefes de departamento administrativo o representantes legales de las entidades descentralizadas. El personero, el contralor y las juntas administradoras los pueden presentar en materias relacionadas con sus atribuciones. De conformidad con la respectiva ley estatutaria, los ciudadanos y las organizaciones sociales podrán presentar proyectos de acuerdo sobre temas de interés comunitario. / Sólo podrán ser dictados o reformados a iniciativa del alcalde los acuerdos a que se refieren los ordinales 2o., {3}o., 4o., 5o., 8o., 9o., {14}, 16, 17 y {21} del artículo anterior. Igualmente, sólo podrán ser dictados o reformados a iniciativa del alcalde los acuerdos que decreten inversiones, ordenen servicios a cargo del Distrito, {autoricen enajenar sus bienes y dispongan exenciones tributarias o cedan sus rentas}. El Concejo podrá introducir modificaciones a los proyectos presentados por el Alcalde.”

³¹ Cfr. Const. Pol., Art.315-4

³² Decreto 1421/93, Art. 55: “Artículo 55. Creación de entidades. Corresponde al Concejo Distrital, a iniciativa del alcalde mayor, crear, suprimir y fusionar secretarías y departamentos administrativos, establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales y entes universitarios autónomos y asignarles sus funciones básicas. También le corresponde autorizar la constitución de sociedades de economía mixta. La constitución de entidades de carácter asociativo en los sectores de las telecomunicaciones y la ciencia y la tecnología se regirá por la Ley 37 de 1993, el Decreto 393 de 1991 y las demás disposiciones legales pertinentes. / En ejercicio de la atribución conferida en el artículo 38, ordinal 6o., el alcalde mayor distribuirá los negocios y asuntos, según su naturaleza y afinidades, entre las secretarías, los departamentos administrativos y las entidades descentralizadas, con el propósito de asegurar la vigencia de los principios de eficacia, economía y celeridad administrativas. Con tal fin podrá crear, suprimir, fusionar y reestructurar dependencias en las entidades de la administración central, sin generar con ello nuevas obligaciones presupuestales. Esta última atribución, en el caso de las entidades descentralizadas, la ejercerán sus respectivas juntas directivas.”

“Artículo 55. Creación de entidades. Corresponde al Concejo Distrital, a iniciativa del alcalde mayor, crear, suprimir y fusionar secretarías y departamentos administrativos, establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales y entes universitarios autónomos y asignarles sus funciones básicas. También le corresponde autorizar la constitución de sociedades de economía mixta. La constitución de entidades de carácter asociativo en los sectores de las telecomunicaciones y la ciencia y la tecnología se regirá por la Ley 37 de 1993, el Decreto 393 de 1991 y las demás disposiciones legales pertinentes...”

Obsérvese de nuevo el empleo de las expresiones “creación”, “autorizar la constitución” y “la constitución de entidades de carácter asociativo”, con lo cual la norma especial del Distrito Capital, en armonía con la Constitución Política, diferencia igualmente el acto de autorización del acto de constitución, cuando se trata de entidades que surgen de la asociación de otras.

Conforme se dejó atrás explicado, son dos las autorizaciones que forman parte del procedimiento de creación de una entidad descentralizada indirecta, de manera que, en el Distrito Capital el párrafo del artículo 49 y el artículo 96 de la ley 489 de 1998 no implican derogación ni modificación alguna a las normas especiales del Distrito Capital; son, por el contrario, normas complementarias y, entonces, al Concejo Distrital compete autorizar la constitución de las entidades descentralizadas del tipo societario o asociativo, directas e indirectas; y, tratándose de las indirectas, el Alcalde Mayor debe autorizar su constitución.

No cabe, pues, interpretar el concepto emitido por esta Sala el 9 de noviembre del 2006, radicación 1766, en el sentido de entender que la afirmación “... 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 autorización previa...”, significa que la autorización que compete al Concejo Distrital quedó sustituida por la que corresponde al Alcalde Mayor; la lectura de esa frase en el contexto del concepto en cuestión no permite derivar de ella esa pretendida consecuencia, pues el pronunciamiento de la Sala contiene varias referencias a las competencias constitucionales para la creación o autorización de entidades descentralizadas, además del conjunto de argumentos expuestos en el presente concepto.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

“1. ¿La autorización dada por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 para que las entidades públicas cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, puedan constituir asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias con participación de particulares, excluye la autorización que debe dar el Concejo Distrital, que trata el numeral 9 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993 o la autorización del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 es genérica y no excluye la autorización del Concejo Distrital?”

En el marco constitucional y legal que rige la estructura y la organización de la Rama Ejecutiva del Poder Público y la Administración Pública, el artículo 96 de la ley 489 de 1998 no excluye la intervención del Concejo Distrital regulada en el numeral 9 del artículo 12 del Estatuto del Distrito Capital.

“2. ¿El numeral 9 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993 en lo que tiene que ver con la autorización para la participación del Distrito en otras

entidades de carácter asociativo, se encuentra derogado tácitamente por el artículo 49 de la Ley 489 de 1998 o solo debe comprender las descentralizadas por servicios en sentido estricto, sin incluir las indirectas?

“3. ¿Para la creación de entidades descentralizadas indirectas en el Distrito Capital se requiere únicamente la autorización del Alcalde Mayor, en virtud del artículo 49 de la Ley 489 de 1998 o se requiere de la autorización del Concejo Distrital en los términos del numeral 9 del artículo 12 del Decreto Ley 1421 de 1993?”

El numeral 9 del artículo 12 del decreto 1421 de 1993 no ha sido derogado por el artículo 49 de la ley 489 de 1998, conforme se ha explicado en las consideraciones precedentes.

La creación de las entidades descentralizadas indirectas en el Distrito Capital de Bogotá, debe ser expresamente autorizada por el Concejo Distrital, por iniciativa del Alcalde Mayor, de conformidad con los artículos 12, numeral 9, y 13 del decreto 1421 de 1993. Para concurrir al acto de constitución, las entidades públicas autorizadas a participar deben contar con la autorización de que trata el parágrafo del artículo 49 de la ley 489 de 1998.

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

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO GUSTAVO E. APONTE SANTOS
Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

TATIANA ANDREA ORJUELA
Secretaria de la Sala