

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y
CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

**Regulación Legal y Jurisprudencial de las Asociaciones y Corporaciones
Mixtas en Colombia**

Juan David Lalinde Patiño

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
FACULTAD DE DERECHO
DERECHO
MEDELLÍN
2018

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y
CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

**Regulación Legal y Jurisprudencial de las Asociaciones y Corporaciones
Mixtas en Colombia**

JUAN DAVID LALINDE PATIÑO

Trabajo de grado para optar por el título de Abogado

Asesor

FRANCISCO JAVIER GIL GÓMEZ

Abogado

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

FACULTAD DE DERECHO

DERECHO

MEDELLÍN

2018

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

Resumen

En el desarrollo de la descentralización administrativa, surge la descentralización por servicios, en la cual, el Estado presta una serie de servicios esenciales para los ciudadanos. Fruto de la proliferación de servicios a cargo del Estado, las entidades se ven inmersas en la necesidad de prestar de manera conjunta con los particulares y/o de delegar en estos la prestación de una serie de servicios. Es así como surge las Asociaciones o Corporaciones mixtas, entidades de carácter público, que tienen por objeto desarrollar una serie de actividades que son propias de Entidades Públicas y que se desarrollan con la intervención de particulares.

En este sentido, la Regulación de las Entidades Descentralizadas Indirectas en Colombia, tuvo su origen en los decretos 3130 de 1968 y posteriormente en el decreto 130 de 1976, en donde se consagraba una definición expresa de estas entidades, es decir, se consagraba como se creaban, el régimen jurídico aplicable, su naturaleza jurídica, la calidad de sus representantes y directores, entre otras normas que determinaban la organización y el funcionamiento de estas entidades. Sin embargo, con la expedición de la Constitución de 1991 y la puesta en marcha de la Corte Constitucional, la sentencia C-372 de 1994 declaró inexecutable el artículo 6° del decreto 130 de 1976, el cual consagraba la definición de estas entidades, asimismo, con la expedición de la Ley 489 de 1998, se derogaron expresamente ambos decretos en su integridad.

La Ley 489 de 1998, a diferencia de las normativas anteriores, no consagró una definición expresa de las Entidades Descentralizadas Indirectas y omitió regular materias fundamentales para el desarrollo del objeto social de estas entidades, como es la calidad de sus representantes legales y miembros de junta o consejo directivo, la calidad de sus empleados, su sujeción al control fiscal por parte de la

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

Contraloría General de la Nación y al control disciplinario por la Procuraduría General de la Nación.

Palabras Claves:

Entidad Descentralizada Indirecta, Asociación Mixta, Fundación Mixta, Corporación Mixta, Entidad Estatal, Control Fiscal, Control Disciplinario, Control Administrativo, Aporte, Participación.

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

Introducción

El presente artículo pretende desarrollar los elementos de la esencia de las Asociaciones o Corporaciones Mixtas como Entidades Descentralizadas Indirectas, es decir, cuáles son los elementos básicos que se requieren para la creación de una entidad de este tipo, en este sentido, una vez se establezcan los requisitos de la esencia, determinaremos su naturaleza jurídica y posteriormente su régimen jurídico aplicable, en atención al porcentaje de participación de las entidades públicas dentro de estas.

En orden de ideas, a partir del porcentaje de participación de las entidades públicas en las Asociaciones o Corporaciones Mixtas, se derivan una serie de consecuencias jurídicas variables, en donde evidenciaremos los vacíos normativos para estas entidades, los cuales han llevado a las altas cortes a resolver estas problemáticas mediante decisiones judiciales que han completado la regulación de esta materia. Al ser decisiones que se encuentran dispersas por el espectro jurídico, se hace importante la recopilación y desarrollo de estas, en un trabajo que determine el funcionamiento de estas entidades.

El estudio de los diferentes pronunciamientos de las altas cortes, como órganos de cierre de la rama judicial del poder público, enmarcan las regulaciones omitidas por el legislador en lo referente a este tipo de entidades, toda vez que materias de vital importancia como lo son el control fiscal, control administrativo, la calidad de sus trabajadores y representantes legales, entre otras, no fueron desarrolladas eficazmente por el legislador, quien dejó la mayoría de supuesto a la interpretación de los operadores jurídicos.

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

Regulación de Legal y Jurisprudencial de las Asociaciones y Corporaciones Mixtas en Colombia

Concepto Legal y Jurisprudencial

Las Asociaciones o Corporaciones Mixtas, son Entidades Descentralizadas indirectas o de segundo grado, hacen parte estas de las entidades descentralizadas por servicios, la cual ha sido definida por la Corte Constitucional, así: *“la descentralización por servicios puede definirse como la atribución de competencias o funciones de la administración a determinadas entidades creadas para la gestión estatal de actividades especializadas. Como modalidad organizativa prevista en la Constitución la descentralización por servicios comporta la existencia de personas dotadas de autonomía jurídica patrimonial y financiera, articuladas administrativa y funcionalmente con el Estado, a las cuales se les asignan por la ley potestades jurídicas específicas”*.

Conforme a esta definición, tenemos unos elementos comunes a todas las Asociaciones o Corporaciones Mixtas, esto es, entidades que tienen plena autonomía jurídica, patrimonial, financiera y administrativa, a las cuales la ley les otorga potestades jurídicas específicas. El concepto de ley mencionado por la Corte se debe interpretar en sentido amplio, toda vez que estas entidades tienen un marco legal que las regula, sin embargo, no requieren una ley en sentido estricto, es decir, una norma dictada por el Congreso, la Asamblea o el Concejo para su existencia.

Para obtener un concepto claro de las Asociaciones, fundaciones y corporaciones mixtas, no basta acudir a las normas que regularon la materia en la Ley 489 de 1998, atendiendo a los vacíos que dejó esta normatividad y la obligación que surge para el operador jurídico de realizar una interpretación sistemática de estas normas, asimismo, de acudir al desarrollo jurisprudencial que

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

han tenido estas entidades. Es por esto, que previo a definir un concepto de estas entidades, vamos a definir sus requisitos de creación y posteriormente, daremos una definición.

Las Asociaciones, fundaciones y corporaciones de carácter mixto, las consagro la Ley 489 de 1998 en su artículo 96°, en los siguientes términos:

ARTICULO 96. CONSTITUCION DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS CON PARTICIPACION 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:

a) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

- 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. (Ley 489 de 1998).*

Consagra esta norma, los sujetos que deben participar en el acto de creación, la normativa aplicable a estas entidades y los elementos básicos que debe contener el acto de creación. No obstante, es importante mencionar que la ley habla de entidades estatales en sentido amplio, por ende, se entienden entidades estatales que pueden participar en el acto de creación las del nivel Nacional, departamental y municipal. Sin embargo, estos no son los únicos requisitos establecidos en la Ley para este tipo de entidades.

El párrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998, consagro como requisito de creación para este tipo de persona jurídicas, una autorización previa a su creación, en este sentido:

ARTICULO 49. CREACION DE ORGANISMOS Y ENTIDADES ADMINISTRATIVAS. (...)

PARAGRAFO. 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

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal. (Ley 489 de 1998)

En este orden de ideas, previó a la creación de las asociaciones, fundaciones y corporaciones mixtas, se requiere una autorización del presidente, gobernador o alcalde, atendiendo al nivel de la administración al cual se encuentren adscritas. Es este un requisito de existencia jurídica. Es en esta autorización previa, donde se determina las potestades jurídicas que obtiene esta entidad, atendiendo a la actividad (Objeto social) que va a desarrollar esta entidad.

En cuanto a la persona jurídica que surge fruto de la asociación entre las entidades estatales y los particulares, esta debe adscribirse a la entidad o alguna de las entidades públicas que participen en su acto de creación, así lo estableció el párrafo del artículo 50 de la Ley 489 de 1998 y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

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. (Ley 489 de 1998)

(...) 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

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

pertenezcan, según el caso (...). (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil).

En este sentido, en el acto de creación de las asociaciones, fundaciones o corporaciones mixtas, se debe determinar a cuál ente u organismo de la administración central del nivel nacional, departamental o municipal está adscrita.

La(s) Entidad(es) pública(s) que participen en el acto de creación, 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 se prestara el servicio y la proporción de la participación de cada entidad.

La Ley 489 de 1998, a diferencia del Decreto Ley 3130 de 1968 (Legislación anterior sobre la materia), guardo silencio sobre los criterios que se deben tener en cuenta para determinar la adscripción de este tipo de Entidades.

Así las cosas, es importante señalar que son diferentes el acto que autoriza previamente la creación de una asociación, fundación o corporación mixta, al acto en que se determina a cuál ente u organismo está adscrita la entidad.

Siendo el primero, un requisito de la esencia, que en caso de faltar vicia la constitución y la existencia jurídica, y el segundo, un requisito de la naturaleza, que no afecta la constitución y/o existencia de esta persona jurídica.

Conforme a estos requisitos necesarios determinados por la Ley y para la Jurisprudencia para la creación de las asociaciones, fundaciones y corporaciones mixtas, procedemos a emitir una definición, así:

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

Son Asociaciones, Fundaciones y Corporaciones Mixtas, entidades públicas, adscritas a una entidad estatal, sujetas a un régimen jurídico mixto, que surgen fruto de la asociación entre entidades públicas y particulares, previa autorización legal del presidente, gobernador o alcalde, según el nivel de la administración al cual se encuentren adscritas.

Régimen Jurídico Mixto

La principal consecuencia jurídica de que las Asociaciones y Fundaciones Mixtas sean Entidades Descentralizadas Indirectas consiste en que están sometidas a un régimen jurídico mixto, es decir, que le son aplicables tanto normas de derecho público como de derecho privado, siéndole en mayor medida aplicable el derecho privado. Ello, en cuanto a aquellas Asociaciones o Corporaciones Mixtas que tienen una participación en su capital social por parte del Estado inferior al cincuenta por ciento (50%).

Esta consecuencia se desprende del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, conforme la cual en el desarrollo de su objeto social, se aplicarán las normas del derecho privado; Código Civil, Código de Comercio, Estatuto del Consumidor y demás normativas afines, esto significa que todos los contratos que celebren estas entidades como Contratante estarán sujetos a estas normas y no se aplica el Estatuto General de Contratación del Estado; Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, salvo en los que se refiere al régimen común a las entidades públicas (régimen de inhabilidades e incompatibilidades y principios).

Sin embargo, aunque el régimen de contratación es privado, deberá respetar los principios de la actividad administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, los cuales deben ser incluidos dentro del Manual de Contratación de la entidad y deben ser respetados en el desarrollo de su autonomía jurídica, administrativa, financiera y patrimonial, estos principios son:

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

- i. buena fe,*
- ii. igualdad,*
- iii. moralidad,*
- iv. celeridad,*
- v. economía,*
- vi. imparcialidad,*
- vii. eficacia,*
- viii. eficiencia,*
- ix. participación,*
- x. publicidad,*
- xi. responsabilidad*
- xii. y transparencia*

Igualmente, se le aplica el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consagrado en las normas vigentes incluyendo las que regulan la contratación estatal. Esta obligación se desprende del artículo 13° de la Ley 1150 de 2007, el cual establece:

ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.(Ley 1150 de 2007).

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

Este artículo se aplica a la Asociaciones y Corporaciones Mixtas, al tener un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación, además, consagra una serie de consecuencias jurídicas que serán desarrolladas en los siguientes numerales.

Aun cuando el régimen contractual es el derecho privado, cuando las Asociaciones y Corporaciones Mixtas actúan como *Contratista* de una Entidad del Estado sujeta al Estatuto General de Contratación, estos contratos se deberán celebrar a través de una de las modalidades de selección consagradas en el Estatuto General de Contratación.

Excepcionalmente les aplica el Estatuto General de Contratación, en aquellos contratos que celebre en el desarrollo de su objeto, cuando la participación estatal en el capital social sea superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social. De conformidad con el numeral 1° del artículo 2° de la Ley 80 de 1993, la cual estipula:

ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley: 1o. 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 demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria,

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. (...). (Ley 80 de 1993).

Atendiendo a que la citada norma, expresamente señala que se consideran estatales para los efectos de esta Ley, las entidades descentralizadas indirectas en las cuales el Estado tenga una participación en el capital social superior al cincuenta por ciento (50%), es decir, que, a estas entidades, no les aplicara el derecho privado en los contratos que celebre en el desarrollo de su objeto social, sino, el Estatuto General de Contratación.

Sin embargo, esta afirmación debe ser interpretada atendiendo a la actividad que desarrolle cada Asociación o Corporación Mixta, toda vez, que si estas entidades desarrollan una actividad que se encuentra en competencia con el sector privado, nacional o internacional, estarán sujetas a las disposiciones legales aplicables a su actividad económica y/o comercial. Lo anterior, se desprende de la interpretación realizada por La Corte Constitucional, en sentencia C-691 de 2007:

(...) En cuanto al régimen de contratación de las empresas y sociedades creadas con participación de las empresas industriales y comerciales del Estado, y de las empresas filiales de éstas, en los términos del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, debe atenderse lo previsto en el artículo 2, numeral 1, literal a), de la Ley 80 de 1993, que cataloga a las empresas industriales y comerciales, a las entidades descentralizadas indirectas y demás personas jurídicas en las que exista participación pública mayoritaria, como entidades del Estado para efectos de la contratación administrativa, por lo que deberán someterse a las reglas previstas en ésta ley. Además, a lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, que sobre el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado, establece que 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), sus filiales y las sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales. (...). (Corte Constitucional, sentencia C-691 de 2007).

En conclusión, aquellas Asociaciones o Corporaciones Mixtas, que tengan una participación estatal en su capital social superior al cincuenta por ciento (50%) y desarrollen actividades en competencia con el sector privado, bien sea nacional o internacional, estarán sujetas a las normas aplicables a sus actividades económicas y/o comerciales, esto es, si una Corporación Mixta, tiene por objeto social una actividad que implica una competencia con el sector privado, al cual le aplican las normas de derecho privado, esta entidad, estará sujeta al derecho privado, sin embargo, deberá respetar los principios de la contratación pública y estará sometida al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como se explicó anteriormente.

Control Fiscal

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

El control fiscal es una función pública, en cabeza de la Contraloría General de la Nación, la cual vigila la administración de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado, en todos sus órdenes y niveles.

Esta función pública se encuentra consagrada en el artículo 267 de la Constitución, sin embargo, la definición que trajo el constituyente va dirigida a determinar quien ejerce el control fiscal y no en que consiste el mismo, en este sentido, nos remitimos a una definición más concisa dada por la Corte Constitucional, quien define el control fiscal como

(...) una función pública autónoma que ejercen los órganos instituidos en la Constitución. Dicho control se extiende a las actividades, operaciones, resultados y demás acciones relacionadas con el manejo de fondos o bienes del Estado, que lleven a cabo sujetos públicos y particulares, y su objeto es el de verificar - mediante la aplicación de sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de revisión de cuentas y evaluación del control interno - que las mismas se ajusten a los dictados y objetivos previstos en la Constitución y la ley. Con base en sus investigaciones, los contralores pueden imponer sanciones, iniciar y concluir procesos de responsabilidad fiscal, hacer amonestaciones, ordenar acciones tendentes a subsanar las deficiencias observadas, entre otros. (...)

Ello es, verificar que los recursos se invirtieron conforme a los fines para los cuales los mismos fueron destinados por el Estado. El Control Fiscal sobre las Asociaciones y Corporaciones Mixtas, se realiza de forma diferente atendiendo a dos conceptos que son el aporte y la participación, conceptos aparentemente similares pero que jurídicamente tienen efectos distintos para abordar la

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

competencia de la Contraloría General de la Nación, para ejercer el control fiscal sobre las entidades públicas o privadas que manejan recursos públicos.

La Corte Constitucional, mediante el método histórico de interpretación, realizó una diferenciación entre ambos conceptos, así: (...) *por participación se debe entender la entrega de dineros u otros recursos que el Estado efectúa para integrar el capital social y para convertirse en socio de una entidad, mientras que el término aporte hace referencia a aquellas entregas de dineros o recursos estatales que no entran a formar el capital social sino que se efectúan para el cumplimiento de un proyecto o programa específico, es decir de un contrato. (...)*”

Conforme a esta distinción, participación son los recursos públicos que ingresan al patrimonio de la Asociación o Corporación para el desarrollo de su objeto social, mientras que los aportes, son recursos públicos que no entran a formar parte del capital social de la entidad, sino que se destinan para el cumplimiento de un proyecto en específico, esto es, el desarrollo de un contrato con una Entidad Estatal.

Teniendo una definición clara sobre ambos conceptos se puede llegar a una conclusión en materia de vigilancia fiscal para este tipo de entidades estatales, de este modo cuando el Estado realiza un contrato con una Asociación o Corporación Mixta y, por ende, un aporte para el desarrollo de proyectos relacionados con los fines de la entidad contratante, dicha Asociación queda supeditada a una vigilancia fiscal específica sobre ese contrato frente al cual recibió unos recursos públicos. El control fiscal, se limita a este contrato y no podrá recaer sobre la ejecución de recursos privados de la Asociaciones o Corporaciones Mixtas, fruto del ejercicio social o de los aportes de los asociados que no sean entidades públicas, en los cuales la contraloría debe respetar la autonomía administrativa y financiera de estas entidades.

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

Este control fiscal, recae sobre cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, que celebre contratos que impliquen la ejecución de recursos públicos.

Por otro lado, las Asociaciones y Corporaciones Mixtas que reciben recursos públicos a título de participación, donde una entidad pública es asociado a través de la entrega de estos recursos que ingresan al capital social, el control de vigilancia fiscal se realiza de manera directa sobre la entidad, pasa de ser un control parcializado sobre un determinado contrato a una fiscalización e inspección directa sobre la entidad, sin importar si su capital social está compuesto por recursos públicos y privados.

Es competencia de la contraloría general velar por el control fiscal de estas entidades, así lo establece el artículo 267 de la constitución política y el decreto ley 267 del 22 de febrero del año 2000 el cual establece que serán sometidos al control fiscal “las corporaciones, asociaciones y fundaciones mixtas cuando quiera que administren recursos de la nación”

Ahora bien, los recursos recibidos de empresas y entidades privadas, en el marco de convenios especiales de cooperación, por las corporaciones, no son objeto de control fiscal de la Contraloría, así como tampoco los recursos generados de manera autónoma por éstas en sus actividades.

Control Administrativo

Las Asociaciones o Corporaciones Mixtas son entidades que mantienen un vínculo con el Estado, en cuanto estas desarrollan actividades que son propias de las entidades públicas, requieren una autorización legal previa y la participación de una de estas para su creación. Además, de que las entidades públicas al asociarse con las primeras le entregan a título de aporte o participación bienes o recursos públicos.

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

El artículo 109 de la ley 489 de 1998, establece el Control Administrativo sobre las entidades descentralizadas indirectas, dentro de estas, las Asociaciones y Corporaciones Mixtas.

ARTICULO 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. (Ley 489 de 1998)

. En este orden de ideas, el Control Administrativo sobre las Asociaciones o Corporaciones Mixtas, es ejercido por las entidades públicas participantes, mediante la intervención de sus representantes legales o sus delegados en los órganos de dirección y deliberación, es decir, la Junta Directiva o el Consejo Directivo.

En el caso de que en el acto de creación participen varias entidades públicas, el control administrativo será ejercido en principio, por la entidad pública a la cual se encuentre adscrita la Asociación o Corporación Mixta.

Este Control Administrativo, se pregona de todas las Asociaciones o Corporaciones Mixtas, sin importar el porcentaje de participación de las entidades públicas en la primera y aun cuando la participación sea meramente nominativa, es decir, que la o las entidades públicas que participen en el acto de creación, no inviertan recursos o bienes públicos en la Asociación.

Calidad de los Representantes Legales y directores

La calidad de los representantes legales y directores de este tipo de entidades reviste vital importancia, en cuanto al régimen de responsabilidad que estarán sujetos estos. En este sentido, el criterio utilizado por el legislador y desarrollado por la jurisprudencia, es el porcentaje económico de participación de las entidades públicas que participaron en el acto de creación de la Asociación o Corporación Mixta. El artículo 2° de la Ley 80 de 1993, consagro lo siguiente:

ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley:

1o. 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 demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. (...)

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

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas. (Ley 80 de 1993).

Esta norma establece que serán servidores públicos, los representantes legales y los funcionarios del nivel directivo, asesor o ejecutivo en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquellas, de las Asociaciones o Corporaciones Mixtas en las cuales el Estado tenga una participación superior al cincuenta por ciento (50%) en el capital social de la Asociación o Corporación.

Contrario Sensu, en aquellas Asociaciones y Corporaciones Mixtas, en las cuales no exista dicha participación pública mayoritaria, no se podrá pregonar esta calidad de los Representantes legales, los funcionarios del nivel directivo, asesor o ejecutivo, en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de estas.

Ahora bien, es menester determinar el fundamento que utilizó el legislador para atribuir esta calidad a estas personas, para este efecto, nos remitimos a la sentencia C-949 de 2001, la cual estableció:(...) *En tal virtud se concluye, que estando vinculadas dichas fundaciones o corporaciones de alguna manera al cumplimiento directo o indirecto de funciones públicas y teniendo a su cargo el manejo de recursos o dineros públicos, podía el legislador a efectos de controlar su inversión, mediante el sistema de la contratación, asimilar a servidores públicos a sus representantes o delegados para la contratación, con el fin de hacerles aplicable el estatuto de contratación. (...)*

Así las cosas, se desprende para las Asociaciones y Corporaciones Mixtas en las que el Estado tenga una participación económica superior al cincuenta por

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

ciento (50%), que sus representantes legales y directores, ostenten la calidad de servidores públicos.

Esta sentencia, mantiene el criterio establecido en la Ley 80, determinando que los Representantes Legales de las Corporaciones Mixtas en las cuales el Estado tenga una participación superior al 50% se asimilan a servidores públicos, a efectos de hacerles aplicables el Estatuto de Contratación.

Teniendo la calidad de servidores públicos, se desprende para estos una serie de consecuencias de orden jurídico, esto es, que en el desarrollo de sus funciones serán sujetos del Control Disciplinario por parte de la Procuraduría General de la Nación, del Control Fiscal por parte de la Contraloría General de la Nación y del régimen penal aplicable a los servidores públicos.

Estos controles, se predicán de todos los actos y contratos que realicen estas personas en desarrollo de sus cargos, sin importar si se tratare de actos celebrados con persona jurídicas de derecho privado, con particulares, igualmente aquellos actos que no impliquen la ejecución de recursos públicos estarán sujetos al mencionado control.

Ahora bien, en aquellas entidades que tengan una participación estatal inferior al cincuenta por ciento (50%) en su capital social, no se considera a su Representante Legal o sus directores como servidores públicos, serán estos particulares, que se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo para todos los actos y contratos que celebren en nombre y representación de la entidad.

Lo establecido en las normas vigentes y en armonía con lo expuesto por la Corte Constitucional en algunas providencias, permite concluir que el régimen legal aplicable a las Asociaciones y Corporaciones Mixtas, es el previsto en el Código Civil y en general en el Derecho Privado, salvo en lo concerniente a las

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

materias expresamente señaladas por la Corte Constitucional, esto es, el ejercicio de potestades públicas, régimen de los actos unilaterales, contratación, controles y responsabilidad, que están sometidas al derecho público.

En consecuencia, los asuntos referidos a las estructuras orgánica e interna, plantas de personal, régimen salarial y prestacional, naturaleza y clasificación de los servidores de las personas jurídicas sin ánimo de lucro, se rigen por el derecho privado, conclusión a la que incluso llegó la corte al analizar la constitucionalidad del artículo 96 de las Ley 489 de 1998, en relación en corporaciones constituidas por personas jurídicas públicas, con mayor razón cuando dichas corporaciones son constituidas por personas privadas y públicas.

No obstante, lo anterior, es claro que, no siendo servidores públicos, son sujetos del control fiscal, disciplinario y penal, cuando celebren contratos o expidan actos que impliquen manejo o ejecución de recursos públicos, que es diferente.

El artículo 23° de la Ley 734 de 2002, consagra los destinatarios de la ley disciplinable, así:

ARTÍCULO 25. DESTINATARIOS DE LA LEY DISCIPLINARIA. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53° del Libro Tercero de este código.

(...) Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria.

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

A partir de esta norma, es claro que los representantes legales y directores, de las Asociaciones o Corporaciones Mixtas con un capital estatal superior al cincuenta por ciento (50%), considerados servidores públicos, serán sujetos del control disciplinario, en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, en todos sus actos, aun aquellos realizados por fuera del ejercicio de sus funciones.

En cuanto a los representantes legales y directores de las Asociaciones y Corporaciones Mixtas, que tengan una participación estatal inferior al cincuenta por ciento (50%), es necesario remitirnos y analizar el artículo 53° de la Ley 734 de 2002, a efectos de determinar cuáles son los particulares consagrados en este, el cual consagra:

ARTÍCULO 53. SUJETOS DISCIPLINABLES. El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales. (...)

(...) Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos. (...)

Conforme a esta norma, quien ostente la calidad de Representante Legal de las Asociaciones y Corporaciones Mixtas, cuando celebre un convenio o contrato que implique el manejo de recursos públicos, será sujeto del control disciplinario en cabeza de la Procuraduría General de la Nación.

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

En cuanto al control fiscal, aplica la misma distinción realizada en lo referente al control disciplinario atendiendo al porcentaje estatal de participación en el capital social.

Sujeción a la Ley de Garantías Electorales (Ley 996 de 2005)

Las restricciones a la contratación de las entidades públicas que trae la Ley 996 de 2005 están consagradas en el artículo 33 y el parágrafo del artículo 38 que disponen:

ARTÍCULO 33. RESTRICCIONES A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado. (...)

ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. A los empleados del Estado les está prohibido:

(...) PARÁGRAFO. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista. (...).

Valga resaltar que, tal como precisa el Consejo de Estado en el Concepto No. 1720 del 2006, “(...) la interpretación sistemática de las disposiciones

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

consagradas en los artículos 32, 33 y el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley—incluido el de Presidente de la República (...)”, encontrándonos entonces que, las restricciones del artículo 33 citado, aplican para las elecciones presidenciales, mientras que, las restricciones del párrafo del artículo 38 aplican para cualquier tipo de elecciones, incluidas las del presidente y vicepresidente.

En este sentido, nos encontramos que, al ser las Asociaciones y Corporaciones Mixtas, entidades públicas, les aplica, primero, la restricción referente a la contratación directa en los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial, en igual sentido, las Asociaciones o Corporaciones Mixtas, del orden departamental, municipal o distrital, les aplica la restricción contenida en el párrafo del artículo 38° de la citada norma, toda vez que el legislador, no incluyó a las entidades descentralizadas indirectas del orden nacional.

En concepto No. 1727 de fecha 20 de febrero de 2006 la Sala de Consulta del Consejo de Estado, manifestó respecto de la prohibición contenida en la ley 996 de 2005, que la misma abarcaba a todas las entidades del Estado, en estos términos: *“Siguiendo la doctrina expuesta por esta Sala de Consulta y Servicio Civil, se tiene que la expresión todos los entes del Estado hace referencia a los sujetos o destinatarios de la prohibición, que son los organismos o entidades autorizados por la ley para suscribir contratos, y, en consecuencia, comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin que resulten relevantes su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder*

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

público o su autonomía. Dada la finalidad de la ley 996 de 2005, es claro que esta locución debe ser entendida dentro de su propio contexto, que consiste en evitar que, mediante la contratación directa, cualquier ente público pueda romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a elecciones”.

Ahora bien, es determinante aclarar el alcance de las prohibiciones contenidas en la Ley de Garantías, como se explica en detalle en el acápite siguiente; estaría prohibido en el periodo explicado anteriormente, los siguientes supuestos de contratación directa:

Está prohibido el negocio jurídico directo, cuando la Asociación o Corporación Mixta adquiere bienes o servicios para su funcionamiento y actividades por parte de cualquier contratista, sin importar su naturaleza (pública o privada), en aplicación de su Manual de Contratación, cuando el medio no garantice publicidad y pluralidad de oferentes, además de una evaluación en criterios de competencia (así se trate de cualquier causal: Solicitud Única de Ofertas, Contratación de Mínima Cuantía, Contratación de Menor Cuantía y Contratación de Mayor Cuantía, Contratación con proveedores sistemáticos, o Contratación en casos de emergencia o siniestro).

En estos casos, deberá realizarse una invitación pública que garantice la publicidad y competencia y un criterio de evaluación competitivo y verificable, es decir, que la selección corresponda *mutatis mutandis* a una licitación pública.

Está prohibido el negocio jurídico directo, cuando las Asociaciones o Corporaciones Mixtas actúan como contratistas ante una entidad pública, en celebración de un convenio o contrato interadministrativo de manera directa

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

conforme al Estatuto General de Contratación. Este convenio, sin importar si el régimen de contratación es el Estatuto General, o alguno especial, está proscrito por un criterio orgánico.

Está prohibido el negocio jurídico directo, cuando la Asociación o Corporación Mixta actúa como contratista ante una entidad pública, y esta otra entidad aplica la modalidad de contratación directa de su propio manual, en caso de que la Asociación le ofrezca servicios o bienes requeridos para su funcionamiento o actividades. Este caso, es igualmente un contrato interadministrativo.

A contrario sensu, y como se explica en detalle en el acápite siguiente; se entenderían permitidos incluso durante la Ley de Garantías; los siguientes supuestos de contratación directa:

Está permitido el negocio jurídico directo, cuando la Asociación o Corporación Mixta en desarrollo de su objeto social, es decir, en actividades que realiza en competencia con su sector empresarial, contrata directamente con un particular, ofreciendo sus servicios en condiciones de igualdad a la comunidad, lo que resulta bastante obvio que esté permitido pero que debe ser confirmado. Se trata de toda la venta de bienes y servicios en condiciones de "igualdad" al público en general.

Sobre este punto, hay concepto reiterado del Consejo de Estado, que establece que en entidades públicas con actividad comercial (establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros y las entidades aseguradoras) *"no pueden adquirir los suministros de bienes y servicios necesarios para la*

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

realización de su actividad por contratación directa sino por el mecanismo de la licitación pública, pero es obvio que si una de éstas entidades va a prestar un servicio financiero o de seguros a un particular, lo puede hacer, pues éstos se ofrecen a toda la comunidad en condiciones de igualdad. Si se supusiera que está prohibida su contratación directa, significaría la parálisis de tal actividad de interés público, lo que de ninguna manera es lo querido por la ley 996 de 2005”.

Está permitido el negocio jurídico directo, cuando la Asociación o Corporación Mixta en desarrollo de su objeto social, es decir, en actividades que realiza en competencia con su sector empresarial, contrata directamente con un particular, con intención de obtener ganancias para su reinversión y no en calidad de comprador, es decir en un ámbito mercantil.

Está permitido el negocio jurídico directo, cuando la Asociación o Corporación Mixta en desarrollo de su objeto social, es decir, en actividades que realiza en competencia con su sector empresarial, contrata directamente con una entidad pública que a su vez está actuando dentro de su actividad comercial (en competencia con su sector empresarial). Es decir, que para ambas entidades se trata de un negocio del tráfico mercantil.

La anterior interpretación se debe entender de forma restrictiva, de manera que cualquier otro caso estaría prohibido, y así mismo, se debe analizar en concreto cada negocio particular, pues resulta riesgoso un aval general, con base en una explicación conceptual. Lo adecuado es una revisión casuística, de cada uno de los contratos.

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

Ahora bien, la *Ley de garantías electorales* no establece restricciones para las prórrogas, modificaciones o adiciones, y la cesión de los convenios y contratos perfeccionados antes del período de la campaña presidencial, entendiéndose incluidos los contratos o convenios administrativos ya perfeccionados y que se están ejecutando o que empezarán a ejecutarse durante el período de restricciones. Tampoco se establece restricción alguna para el pago de las prestaciones derivadas de estos contratos perfeccionados antes del período de restricciones, pues su causa parte de contratos válidamente celebrados, sin perjuicio de las particularidades de cada caso.

En el caso de prórrogas, adiciones y cesiones, es fundamental dejar documentado la forma cómo se cumple en cada caso los principios de planeación, transparencia y responsabilidad, pues la posibilidad mencionada no excluye la verificación de cumplimiento de dichos principios.

El artículo 33 de la *Ley de garantías electorales* dispone la prohibición de celebrar contratación directa por parte de todos los entes del Estado, es decir, todos los organismos o entidades autorizados por la ley para suscribir contratos, sin que resulten relevantes su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía, pues dada la finalidad de la ley 996 de 2005, es claro que esta locución debe ser entendida dentro de su propio contexto, que consiste en evitar que mediante la contratación directa, cualquier ente público pueda romper el equilibrio entre los partidos y los candidatos a elecciones.

Es de resaltar que la norma no indica qué entender por *contratación directa*, pues no hace alusión a una definición exacta del término o, en su defecto, una

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

remisión normativa, como bien podría haber sido a la Ley 80 de 1993 o la que modificara o sustituyera.

El Consejo de Estado sostiene que la expresión *contratación directa* debe ser entendida como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta el régimen de contratación aplicable, pues según entiende dicho concepto, la finalidad de la *Ley de garantías electorales*, cuando la norma se refiere a la "contratación directa" es sinónimo de cualquier sistema diferente de la licitación pública, y no del procedimiento especial regulado por la ley 80 de 1993, hoy en día por el artículo 2° numeral 4° de la Ley 1150 de 2007. Es así como en el mencionado concepto se concluye en este aspecto: "(...) Con base en esta premisa, se define la expresión contratación directa entendida como cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - ley 80 de 1993 -, o uno especial en razón del objeto del contrato o del órgano que contrata. Para los efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado "contratación directa" es sinónimo de cualquier sistema diferente de la licitación pública, y no del procedimiento especial regulado por la ley 80 de 1993. Por tanto, las entidades públicas, en el período preelectoral, pueden seguir contratando previa la licitación pública, salvo las excepciones de la misma ley 996 del 2005. (...)

(...) la Sala recuerda que en derecho privado también existe la institución de la licitación pública, regulada por el artículo 860 del código de comercio, que se encuentra dentro del capítulo dedicado a la oferta o propuesta de contratos, norma que entonces resulta aplicable al presente caso, y que es del siguiente tenor:

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

Artículo 860. En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás.

Entonces, las entidades públicas cuya contratación está sometida al derecho privado, a las que se les ha restringido temporalmente la contratación directa, pueden seguir contratando, pero mediante la licitación pública regulada por el artículo transcrito (...).”

Así las cosas, resulta que, para las Asociaciones y Corporaciones Mixtas, resulta proscrita la contratación directa dentro de los períodos de restricciones de que trata la Ley 996 de 2005, independientemente de su régimen jurídico. En todo caso, es necesario distinguir dos clases de contratos, unos, en los que la posición de la Asociación o Corporación es la de consumidora de las prestaciones objeto del contrato, que utiliza para la prestación de los servicios a su cargo, y los otros, en los que la corporación entrega esos servicios a los clientes.

En los primeros contratos, es claro que la entidad debe adquirir esos bienes previa licitación pública, sin entender que sea el mecanismo especial del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sino sus propios mecanismos de invitación pública o la licitación del artículo 860 del Código de Comercio, por no estar permitida ninguna modalidad de contratación directa, pero en el segundo caso, las entidades no pueden dejar de entregar los servicios o bienes, pues significaría la parálisis de una actividad propia de la administración, que se ofrecen a toda la comunidad en condiciones de competencia, siendo una interpretación diferente en contrasentido en relación con lo querido por la ley 996 de 2005.

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que, en entidades públicas con actividad comercial, es permitido en ley de garantía que se presten sus servicios de manera directa, pues se ofrecen en condiciones de igualdad al público en general. Esto sirve de base para el análisis de las demás actividades comerciales (que no se prestan en condiciones de igualdad, sino que atienden razones comerciales), en las cuales consideramos que debemos llegar a la misma conclusión. Es decir, que ante negocios de mayor complejidad, en donde exista negociaciones directas y arreglos particulares en cuanto a precio de los bienes y servicios, también es legal la realización de contratos directos, pues en este caso la entidad pública no está incurriendo en gastos o erogaciones que cuestionen las garantías electorales, sino que por el contrario, la entidad estatal está asegurando su supervivencia y los ingresos inmediatos en el negocio, que se traducen en ganancias mediatas para la administración en general.

Esta posición frente a la actividad contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta que compiten en igualdad de condiciones con los particulares en el mercado, fue ratificada en el **Concepto 1738 de 2006**, en la cual se afirmó que es obvio que, si una de estas entidades va a prestar un servicio a un particular, lo puede hacer, pues éstos se ofrecen a toda la comunidad en condiciones de igualdad. Se resalta nuevamente que esta situación no es exacta a la naturaleza de las Asociaciones o Corporaciones Mixtas, sin embargo, es analógica frente al desarrollo del objeto social de estas entidades, por lo cual se debe llegar a la misma conclusión.

En este orden de ideas, y en consonancia con la interpretación restrictiva que amerita la Ley 996 de 2005 y la finalidad que le impartió el legislador estatutario, bien es cierto que la restricción no cobija el ejercicio contractual de las

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

entidades públicas que prestan servicios a la comunidad en condiciones de igualdad con los particulares, sin perjuicio de que, se entienda proscrita la actividad contractual directa cuando pueden adquirir los suministros de bienes y servicios, pues es claro que estas entidades deben adquirir esos bienes previa licitación pública aunque su régimen de contratación sea exento del régimen de Ley 80 de 1993, entendiéndose entonces que deberán acudir a sus mecanismos de contratación de invitaciones públicas o a la licitación pública de que trata el artículo 860 del Código de Comercio o mecanismos similares que garanticen publicidad, pluralidad de oferentes, y criterios de evaluación objetivos.

Conclusiones

Las Asociaciones o Corporaciones Mixtas son una Entidad Descentralizada Indirecta, perteneciente a la rama ejecutiva del poder público, la cual tiene naturaleza jurídica pública y un régimen jurídico mixto, en el cual le aplican normas de derecho privado y normas de derecho público. Excepcionalmente, a este tipo de entidades les aplicara el Estatuto General de Contratación, cuando la participación estatal en el capital social sea superior al cincuenta por ciento (50%) y no desarrollen actividades en competencia con el sector privado.

El control fiscal ejercido por la Contraloría sobre las Asociaciones y Corporaciones Mixtas está sujeto a la participación o aporte de las entidades estatales sobre las primeras. En el caso de que una entidad del estado participe en el capital social de una Asociación o Corporación Mixta, el control fiscal será

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

ejercido sobre la totalidad del patrimonio y de los negocios que ejecute esta entidad. Por el contrario, cuando la entidad estatal aporte recursos o bienes públicos a la Asociación o Corporación Mixta, el control fiscal recae únicamente sobre este negocio jurídico, en todos los demás actos que celebre la entidad que no cumplan con estas características, serán propios de la autonomía financiera y administrativa de la entidad, sobre los cuales la contraloría no podrá ejercer el control.

El control Administrativo que ejercen los Representantes Legales de las entidades públicas participantes en el acto de creación de las Asociaciones o Corporaciones Mixtas se cumple con la participación del representante de la entidad a la cual se encuentre adscrita, en los órganos de administración y deliberación de la primera.

Los representantes legales y directores de las Asociaciones y Corporaciones Mixtas serán servidores públicos, únicamente en aquellos casos que la participación estatal en el capital social sea superior al cincuenta por ciento (50%).

En los casos que la entidad no cumpla con este requisito, serán sujetos del control penal, fiscal y disciplinario quien actúe como representante legal, en la suscripción de contratos o convenios que impliquen la ejecución y/o el manejo de recursos públicos, y no por ello se concluye que sea servidor público.

Las Asociaciones y Corporaciones Mixtas, les aplican las restricciones contenida en la Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías Electorales), en cuanto a la contratación directa y la celebración de convenios o contratos que impliquen la ejecución de recursos públicos, con las salvedades realizadas en este tema.

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

REFERENCIAS

Constitución Política de Colombia, (1991). Gaceta Constitucional No. 116, Colombia, 20 de julio de 1991.

Código Disciplinario Único, (2002). Ley 734 (2002). Diario Oficial No. 44.708, Colombia, 13 de febrero de 2002

Decreto Ley, 267 (2000). Diario Oficial No. 43905, Colombia, 22 febrero de 2000.

Estatuto General de Administración de la Administración Pública. (1993). *Ley 80 de 1993*. Diario Oficial No. 41.094, Colombia, 28 de octubre de 1993.

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

Ley, 489 (1998). Diario Oficial No. 43.464, Colombia, 30 de diciembre de 1998.

Ley, 1150 (2007). Diario Oficial No. 46.691, Colombia, 16 de julio de 2007.

Ley de Garantías Electorales, (2005). Ley 996 de 2005. Diario Oficial No. 46.102, Colombia, 24 de noviembre de 2005.

Consejo de Estado. Sala de consulta y Servicio Civil (2006). Bogotá. Concepto 1748. Consejero Ponente: ENRIQUE JOSÉ PERDOMO ARBOLEDA.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (2006). Bogotá. Concepto No. 1766. Consejero Ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (2006). Bogotá. Concepto 1720. Consejero Ponente: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO.

Corte Constitucional. (1995) Bogotá. *Sentencia C-586 de 1995*. Magistrados ponentes: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ Y JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

Corte Constitucional. (1995) Bogotá. *Sentencia C-295 de 1995* magistrado ponente: JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Corte Constitucional. (2001). Bogotá. *Sentencia C-949 de 2001* Magistrada ponente: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Corte Constitucional. (2001). Bogotá. *Sentencia C-1051 de 2001*. Magistrado ponente JAIME ARAUJO RENTERIA.

REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LAS ASOCIACIONES Y
CORPORACIONES MIXTAS EN COLOMBIA

Corte Constitucional. (2003). Bogotá. *Sentencia C-127 de 2003*. Magistrado
Ponente: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Corte Constitucional. (2004). Bogotá. *Sentencia C-784 de 2004*. Magistrado
Ponente: ALVARO TAFUR GALVIS

Corte Constitucional. (2006). Bogotá. *Sentencia C-992 de 2006*. Magistrado
Ponente: ALVARO TAFUR GALVIS

Corte Constitucional. (2007). Bogotá. *Sentencia C-691 de 2007*. Magistrada
Ponente CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ