



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 2025 de 2011 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

Manizales, ocho (8) de septiembre de dos mil once (2011).-

Rad. No. : 11001-03-06-000-2010-00088-00

Número interno: 2025

Referencia: CÁMARAS DE COMERCIO. CREACIÓN DE ENTIDADES CON RECURSOS DE ORIGEN PÚBLICO. CENTROS DE EVENTOS Y CONVENCIONES.

Actor: MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

El Ministro de Comercio, Industria y Turismo, Dr. Luis Guillermo Plata Páez, consultó a la Sala acerca de la normatividad aplicable al desarrollo de centros de eventos y convenciones creados por las Cámaras de Comercio con recursos públicos.

1. ANTECEDENTES:

El señor Ministro se refiere en primer lugar a la naturaleza jurídica y funciones de las Cámaras de Comercio, reguladas en los artículos 78 y 86 del Código de Comercio, y destaca que el artículo 10 del decreto reglamentario 898 de 2002, "Por el cual se reglamenta el Título VI del Libro Primero del Código de Comercio y se dictan otras disposiciones reglamentarias", incluyó dentro de esas funciones la de adelantar acciones y programas dirigidos a "dotar a la región de las instalaciones necesarias para la organización y realización de ferias, exposiciones, eventos artísticos, culturales y académicos, entre otros", que sean de interés para la comunidad empresarial de la respectiva "jurisdicción" de la Cámara de Comercio.

Dicho decreto reglamentario permite a las Cámaras de Comercio, además, adelantar actividades de capacitación y de promoción de la cultura, la educación, la recreación, el turismo y el fortalecimiento empresarial, e indica que *"para tales fines podrán promover y participar en la constitución de entidades privadas o mixtas, con o sin ánimo de lucro, que cumplan con esos objetivos"* (art. 10, num. 8 y 12 del decreto 898 de 2002).

Cita igualmente el Ministro la ley 1111 de 2006, "Por la cual se modifica el estatuto tributario de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales", que concede beneficios tributarios consistentes en exclusiones de la renta presuntiva a los "centros de

eventos y convenciones en los cuales participen mayoritariamente las cámaras de comercio”, y a los constituidos como empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta en las cuales la participación de capital estatal sea superior al 51%...” (Artículo 11 de la ley 1111).

La consulta alude al artículo 6º del decreto 4698 de 2005, “Por el cual se reglamenta el Título VI del Libro Primero del Código de Comercio y se dictan otras disposiciones”, donde se establece que si la Cámara de Comercio participa en la constitución de sociedades civiles o comerciales, o en entidades sin ánimo de lucro, mediante aportes de capital con recursos de origen público, estos deberán ser considerados como aporte público y de esa manera quedar reflejados en los registros contables de la sociedad o entidad en los que se hayan invertido, así como en la respectiva Cámara de Comercio.

Frente a este marco normativo se manifiesta en la consulta que ha surgido la duda de si las sociedades que se constituyan por las Cámaras de Comercio con recursos de origen público y a las cuales también concurren particulares, pueden calificarse como sociedades de economía mixta, con todas las consecuencias legales que ello pueda implicar en relación con su régimen administrativo, laboral, contractual, presupuestal, tributario, etc. Esta duda se origina en el artículo 97 de la ley 489 de 1998, relativo al concepto de sociedad de economía mixta, y en los “elementos configurativos” propios de esas sociedades según la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Observa el Ministro que, de acuerdo con dicha norma, la existencia de una sociedad de economía mixta supone una autorización legal y un aporte estatal que realiza el Estado a través de sus órganos, y se pregunta si una sociedad creada por una Cámara de Comercio mediante el aporte de recursos recaudados en cumplimiento de sus funciones públicas cumple con los indicados presupuestos.

El Ministerio pregunta, además, si la situación anterior se altera cuando en la constitución de la sociedad participe una entidad territorial, que por ello realiza aportes estatales, aunque sean minoritarios.

Finalmente, la consulta inquierte sobre las reglas que se aplicarían a una entidad sin ánimo de lucro “constituida con recursos de origen público por una Cámara de Comercio”, con la participación de entidades privadas, para desarrollar un centro de convenciones, y si a ella debe o no aplicarse el artículo 96 de la ley 489 de 1998. Así mismo, pregunta si este artículo sería aplicable cuando en la creación de la persona sin ánimo de lucro participa una entidad estatal que hace un aporte minoritario. Sobre este punto solicita precisar el alcance del artículo 96 de la ley 489 de 1998 cuando señala que dichas entidades “se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común”.

A lo anterior agrega que, “si bien la Sala de Consulta del Consejo de Estado ha previsto la aplicación de normas de derecho público a las entidades mixtas, es necesario que se precise cómo debe procederse en los casos en los que los aportes son realizados por una Cámara de Comercio con recursos de origen público”. Adicionalmente solicita aclarar cómo debe procederse cuando existe un aporte estatal, pero dicho aporte es inferior al que realizan otras personas de derecho privado, e igualmente explicar qué relevancia tiene en tales casos el valor de los aportes, habida cuenta de que “en las asociaciones en principio lo más importante es la participación de los asociados”.

2. INTERROGANTES:

Dadas las consideraciones precedentes, el Ministro de Comercio, Industria y Turismo formula las siguientes preguntas:

1. “Una sociedad creada por una cámara de comercio, entidad de naturaleza privada, con recursos de origen público, por provenir del cumplimiento de sus funciones públicas, para desarrollar un centro de convenciones, ¿tiene el carácter de sociedad de economía mixta y debe sujetarse en su funcionamiento a las reglas aplicables a éstas en materia administrativa, laboral, presupuestal y de contratación?”

2. “¿Cambia la respuesta anterior si en dicha sociedad participa una entidad territorial, aun cuando su aporte al capital de dicha sociedad sea minoritario?”

3. “¿Se aplica el artículo 96 de la ley 489 de 1998 a una entidad sin ánimo de lucro creada por una cámara de comercio con recursos de origen público y con la participación de entidades de derecho privado?”

4. “¿Se altera dicha respuesta si en la creación de la persona jurídica sin ánimo de lucro participa una entidad estatal haciendo un aporte inferior al que realizan las personas de derecho privado?”

5. “¿Si en estos casos fuera aplicable el artículo 96 de la ley 489 de 1998, cuál sería el alcance de dicha norma cuando establece que las entidades a las que se refiere ‘se sujetarán a las disposiciones Previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común’? ¿Incluye lo anterior las normas laborales, contractuales, etc. que se aplican a toda persona de derecho privado?”

6. “Específicamente, se pregunta si a una entidad sin ánimo de lucro, creada con participación de una Cámara de Comercio que realiza aportes con recursos públicos, y eventualmente con una participación de una entidad estatal le es aplicable:

a. El régimen de contratación de la ley 80 de 1993, de la ley 1150 de 2007 y de sus decretos reglamentarios ¿Cómo se establece la participación estatal en una entidad sin ánimo de lucro al no existir ni cuotas, ni acciones ni partes de interés?

b. La ley 87 de 1993 en temas de control interno.

c. El Estatuto Orgánico del Presupuesto, compilado en el decreto 111 de 1996.

d. Las normas contables para las entidades públicas, según lo establecido en la ley 298 de 1996 y las normas que la reglamentan”.

3. CONSIDERACIONES:

1. Planteamiento del problema jurídico

De lo expuesto y del análisis de las preguntas arriba transcritas, la Sala encuentra que la consulta plantea dos principales cuestiones de orden jurídico : i) ¿Hasta dónde llegan las facultades de las Cámaras de Comercio para disponer de los recursos que perciben en el ejercicio de las funciones públicas que les ha atribuido la ley? y ii) ¿Gozan las Cámaras de Comercio de capacidad jurídica para crear por su propia iniciativa entidades públicas, sean estas sociedades de economía mixta, o personas jurídicas sin ánimo de lucro de las previstas en el artículo 96 de la ley 489 de 1998?.

Para absolver la consulta será necesario precisar, en primer lugar, la naturaleza jurídica de los recursos que recaudan las Cámaras de Comercio en ejercicio de la función pública consistente en llevar el registro mercantil, y determinar la destinación a que dichos recursos autoriza darles la ley. En segundo lugar se examinarán las normas constitucionales y legales que regulan la creación de entidades públicas, con especial referencia a la constitución de sociedades de economía mixta y de personas jurídicas sin ánimo de lucro derivadas de asociaciones entre entidades estatales y particulares. En este contexto se examinarán las disposiciones del decreto reglamentario 4698 de 2005, “Por el cual se reglamenta el Título VI del Libro Primero del Código de Comercio y se dictan otras disposiciones” que dan pie a algunos aspectos de la consulta.

2. Naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio

Antes de abordar la cuestión que se plantea, la Sala encuentra pertinente recordar someramente algunos antecedentes de orden legal, jurisprudencial y doctrinario relativos a la naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio.

jurídica, creadas por el Gobierno nacional, de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar”.

La Corte Constitucional, en Sentencia C - 144 del 20 de abril de 1993, manifestó sobre este particular lo siguiente:

“A las Cámaras de Comercio la ley confía la función de llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos (C. de Co. art. 86). El origen legal del registro, la obligatoriedad de inscribir en él ciertos actos y documentos, el valor vinculante de las certificaciones que se expiden, la regulación legal y no convencional relativa a su organización y a las actuaciones derivadas del mismo, el relieve esencial que adquiere como pieza central del Código de Comercio y de la dinámica corporativa y contractual que allí se recoge, entre otras razones, justifican y explican el carácter de función pública que exhibe la organización y administración del registro mercantil (...) las cámaras de comercio no son entidades públicas, pues no se avienen con ninguna de las especies de esta naturaleza contempladas y reguladas en la Constitución y la ley....”. (Resalta la Sala).1

En el pasado algunas interpretaciones asimilaron las Cámaras de Comercio a los establecimientos públicos en razón de las funciones públicas que cumplían, principalmente relacionadas con el registro mercantil, según recordó la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto 1308 de 2000. Tal interpretación se debió inicialmente a un proyecto de código de comercio que les daba esa categoría y a la antigua idea, desde hace mucho tiempo superada, consistente en considerar que cualquier entidad que desempeñara funciones públicas tenía el carácter de establecimiento público.

Para la época en que se expidió el concepto citado era ya claro que las Cámaras de Comercio son personas jurídicas privadas, al estar integradas por los comerciantes inscritos (art. 79 Código de Comercio). De otra parte, el que las Cámaras de Comercio cumplan algunas funciones públicas es consonante con los artículos 123 y 210 de la Constitución Política, que expresamente consagran la figura del desempeño de funciones públicas por particulares en las condiciones que determine la ley.

Es así como el decreto reglamentario 898 del 7 de mayo de 2002² dispone en su artículo 1º que: “...Las Cámaras de Comercio son personas jurídicas, de derecho privado, de carácter corporativo, gremial y sin ánimo de lucro, integradas por los comerciantes matriculados en el respectivo registro mercantil. Son creadas de oficio o a solicitud de los comerciantes mediante acto administrativo del Gobierno Nacional y adquieran personería jurídica en virtud del acto mismo de su creación, previo cumplimiento de los requisitos legales exigidos para el efecto”.

3. Los recursos de origen público que perciben las Cámaras de Comercio y su destinación

El artículo 86 del C.Co., numeral 3, atribuye a las Cámaras de Comercio la función de “...Llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos, como se prevé en este código...”. Por su parte, el artículo 93 del Código de Comercio, establece:

“ARTÍCULO 93. Cada Cámara de Comercio tendrá los siguientes ingresos ordinarios:

1. El producto de los derechos autorizados por ley para las inscripciones y certificados.

2. Las cuotas anuales que el reglamento señale para los comerciantes afiliados e inscritos, y

3. Los que produzcan sus propios bienes y servicios.” (Resalta la Sala).

La Corte Suprema de Justicia – Sala Plena, en ejercicio de la función de control de constitucionalidad que tenía antes de la Constitución de 1991, dijo lo siguiente sobre el numeral 1 de la norma transcrita:

"Debe concluirse por lo tanto, frente a los ingresos de las cámaras de comercio, provenientes del registro mercantil o registro público de comercio, previsto en el ordinal 1 del artículo 93 del Código de Comercio, que aquellas manejan ciertamente en razón de sus funciones públicas a ellas atribuidas, dineros fiscales o del Estado. En otras palabras, las cámaras de comercio manejan fondos, que en el caso citado, son producto de la actividad impositiva del Estado y que no pueden tenerse por lo tanto como consecuencia de un acto voluntario de los particulares. Por consiguiente, el control fiscal de la Contraloría General de la República, que versa sobre los fondos públicos percibidos por las cámaras de comercio, se aviene a los mandatos de la Constitución Nacional"3.

Nótese que ya desde esa época, se consideraba que los ingresos provenientes del registro mercantil percibidos por las cámaras de comercio eran dineros fiscales o del Estado, provenientes de la "actividad impositiva del Estado", es decir, un tributo.

A su vez, el artículo 124 de la ley 6a de 1992⁴ estableció, en relación con las tarifas que deben pagarse por concepto del registro mercantil, lo siguiente:

"ARTÍCULO 124. Tarifas a favor de las Cámaras de Comercio. El Gobierno Nacional fijará el monto de las tarifas que deban sufragarse en favor de las Cámaras de Comercio por concepto de las matrículas, sus renovaciones e inscripciones de los actos, libros y documentos que la ley determine efectuar en el registro mercantil, así como el valor de los certificados que dichas entidades expidan en ejercicio de sus funciones.

Para el señalamiento de los derechos relacionados con la obligación de la matrícula mercantil y su renovación, el Gobierno Nacional establecerá tarifas diferenciales en función del monto de los activos o del patrimonio del comerciante, o de los activos vinculados al establecimiento de comercio, según sea el caso.

Las cuotas anuales que el reglamento de las Cámaras de Comercio señale para los comerciantes afiliados son de naturaleza voluntaria".

Al estudiar las normas citadas, la Sala expresó en el concepto 1308 de 2000 que los ingresos que las Cámaras de Comercio perciben por atender el registro mercantil (inscripciones y certificados) son recursos públicos y sólo pueden destinarse al cumplimiento de las funciones que la ley expresamente autoriza. Son recursos privados de las Cámaras, en cambio, las cuotas que de manera voluntaria pagan los afiliados e inscritos para el sostenimiento de estas.

Ya en el concepto 566 del 16 de diciembre de 1993 la Sala sostuvo que los ingresos de las Cámaras de Comercio por el ejercicio de la función pública del registro mercantil corresponden a la noción de "tasas", dado que persiguen la "recuperación de los costos de los servicios que les prestan" a los contribuyentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 338 de la Constitución Política, así como en los artículos 93 del C.C., y 124 de la ley 6a de 1992, arriba citados.

Por su parte la Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad del artículo 124 de la ley 6a de 1992 y declararlo exequible, sostuvo en la sentencia C - 144 de 1993 que el desempeño de un servicio o función pública por un particular no "impide al Legislador sujetar dicha actividad o servicio a un sistema tributario de tasa, máxime si éste resulta ser el único adecuado e idóneo para ese propósito." Y en relación con la retribución que a las Cámaras de Comercio pagan los usuarios por concepto del servicio recibido, esto es, la tarifa, declaró que "debe orientarse a la recuperación del costo del servicio".

La Corte reiteró posteriormente, en la sentencia C - 167 de 1995, que las actividades de las Cámaras de Comercio en cumplimiento de la función pública del registro mercantil, si bien corresponden al Estado, son prestadas por los particulares merced a una habilitación legal (art. 86 inciso 3º del Código de Comercio), y por esta razón los respectivos ingresos son ingresos públicos que tienen el carácter de tasas, sujetos a control fiscal por parte de la Contraloría General de la República. En relación con esta materia la Corte hizo las siguientes precisiones, de importancia para lo que ha de concluirse en este concepto:

"...para esta Corporación es racional entender que, si el registro mercantil implica la prestación de un servicio público, su financiamiento debe asegurarse mediante un ingreso percibido por la Cámara de Comercio en forma de tasa, cuyo destino no es el acrecimiento del patrimonio de la entidad, tal como lo entiende el liberalista, sino para asegurar la adecuada prestación de este servicio público, vale decir para la recuperación del Concepto Sala de Consulta C.E. 2025 de 5 EVA - Gestor Normativo 2011 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

costo total o parcial del servicio, que es consustancial a la naturaleza de este ingreso público. Si bien es cierto que no es objeto de discusión por parte del libelista, conviene precisar y recordar la jurisprudencia de esta Corporación (Sentencia C-465 de 1993), en donde se estableció el concepto de tasa como ingreso tributario, para concluir que en este caso específico, este ingreso no se puede considerar como ingreso privado de las Cámaras de Comercio (...), pues únicamente posee el propósito de financiar la función pública del registro mercantil; no es un título adquisitivo de dominio para la persona jurídica de derecho privado que la presta (...), en consecuencia, los recursos económicos provenientes del ejercicio de tales funciones, como el registro público mercantil se traducen en la generación y conformación de fondos públicos...".

Concluye esta corporación que los ingresos de las cámaras de comercio, provenientes del registro público mercantil, que aquellas manejan, por virtud de la ley, ciertamente son dineros fiscales; las cámaras de comercio manejan fondos que corresponden a la actividad impositiva del Estado y que no pueden entenderse como recursos privados de estas instituciones". (Resalta la Sala).

Es de anotar que la Corte Constitucional ha sostenido reiteradamente que la destinación específica de lo producido por la tasa es un elemento característico de esta. En la sentencia C - 809 de 2007 lo expresó así:

"*Esta Corporación ha definido el concepto de tasa como el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva y potencial de un servicio público individualizado al Contribuyente. Y ha aclarado que su producto no debe tener un destino ajeno al servicio que contribuye al presupuesto de la obligación*" (subraya la Sala).

De lo expresado por la doctrina de la Sala y la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵, y en su momento por la de la Corte Suprema de Justicia, cabe extraer las siguientes conclusiones:

i) Los ingresos de las Cámaras de Comercio derivados de la función pública atribuida por la ley, consistente en llevar el registro mercantil y certificar sobre los documentos y actos en él inscritos, tienen la naturaleza de tributo, incluso desde antes de la vigencia de la Constitución de 1991.

ii) Dentro de la tipología de los tributos que trae la Constitución, tales ingresos han sido considerados como tasas. La tasa es una prestación tributaria establecida por la ley a favor del Estado con fundamento en el artículo 338 C.P., que tiene como finalidad o destinación solventar o financiar una función pública.

iii) En el caso bajo estudio, los ingresos de las cámaras de comercio a título de tasa se encuentran vinculados a la función pública de llevar el registro mercantil y certificar sobre los documentos y actos en él inscritos y, por tanto, son dineros fiscales que conforman fondos públicos.

iv) Los ingresos públicos que a título de tasa⁶ perciben las Cámaras de Comercio tienen como único destino, constitucional y legalmente establecido, la recuperación total o parcial de los costos que genera la prestación del servicio público de registro mercantil.

v) Ese destino específico constitucional y legalmente asignado impide que las tasas recaudadas por las Cámaras de Comercio tengan una aplicación diferente a la recuperación de los costos que genera la prestación del servicio. Estos costos no sólo cubren los gastos de funcionamiento del servicio sino las previsiones de amortización y crecimiento de la inversión.⁷

vii) Los recursos producto de las tasas que recaudan las Cámaras de Comercio, en cuanto expresión que son de la actividad impositiva del Estado, no acrecientan el patrimonio propio de las Cámaras de Comercio ni constituyen para estas título adquisitivo de dominio sobre dichos recursos.

vii) Las Cámaras de Comercio son simples receptoras y administradoras de fondos públicos que tienen una destinación específica, y es por ello que corresponde a la Contraloría General de la República el control y vigilancia del recaudo, manejo e inversión de los ingresos respectivos.

Establecidas las anteriores premisas y considerada la evolución de la doctrina constitucional sobre la materia, encuentra la Sala que debe recoger lo sostenido en su momento en el concepto 566 del 16 de diciembre de 1993, en el sentido de que los ingresos de las Cámaras de Comercio por concepto de la “función administrativa concerniente al registro mercantil *son de carácter privado y pertenecen a la respectiva entidad gremial*”. Siendo inobjetable, por tanto, que los ingresos derivados de la tasa que recaudan las Cámaras de Comercio no forman parte de su patrimonio ni con este debe confundirse, resulta igualmente evidente que los órganos de dirección y administración de dichas entidades carecen de facultad para decidir sobre la manera como se deben invertir, como si se tratara de sus recursos o bienes propios.

Los ingresos generados por la tasa son dineros fiscales que, bajo la administración y custodia de las Cámaras de Comercio, “*se traducen en la generación y conformación de fondos públicos*”, como ha sostenido la Corte Constitucional y, por consiguiente, sólo son susceptibles del manejo que expresamente haya autorizado la ley.

En este punto han de subrayarse dos aspectos significativos de la doctrina constitucional en relación con la tasa. En primer lugar, que la tasa “*no debe tener un destino ajeno al servicio que contribuye al presupuesto de la obligación*”. En segundo lugar, que la tarifa que pagan los contribuyentes a las Cámaras de Comercio por el servicio recibido “*debe orientarse a la recuperación del costo del servicio*”. Las anteriores premisas implican, de una parte, que los recursos derivados de la tasa percibida por las Cámaras de Comercio únicamente pueden destinarse al servicio del registro mercantil. Y, de otra parte, que las respectivas tarifas deben calcularse de manera que sean suficientes para: recuperar los gastos en que incurran las Cámaras de Comercio por la prestación del servicio, realizar las inversiones que contribuyan a mejorar la calidad y cobertura del servicio de registro mercantil, y disminuir costos a los usuarios.

Es por ello que si luego de realizados dichos gastos se registran excedentes en la contabilidad de la tasa, ello evidenciaría que la tarifa establecida supera los costos de la prestación del respectivo servicio, motivo por el cual el Gobierno Nacional deberá recalcularla, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 124 de la ley 6a de 1992. Por supuesto, en ningún caso cabría entender que dichos excedentes constituyen una “utilidad” para el Estado en la administración de la tasa, pues por esta vía la tasa se desnaturalizaría y de hecho se convertiría en un impuesto.

Establecido lo anterior, deberá examinarse a continuación si las Cámaras de Comercio están legalmente facultadas para comprometer al Estado en la creación de entidades públicas de participación mixta, y si la ley las faculta para destinar a ese propósito, por iniciativa suya, dineros fiscales derivados de la tasa.

4. ¿Pueden las Cámaras de Comercio crear entidades públicas?

4.1. La creación de entidades públicas en la Constitución y la ley

La Constitución Política ha determinado que las entidades públicas únicamente pueden ser creadas por iniciativa y decisión del Estado, jamás por iniciativa ni decisión de los particulares, aun cuando sí con su participación dentro de especiales condiciones y conforme a determinados procedimientos. Las pertenecientes a la Rama Ejecutiva del poder público, en el orden nacional, únicamente pueden ser creadas por el Congreso de la República, bien sea por un acto directo de la ley o mediante una autorización de la misma, conforme al numeral 7 del artículo 150 C.P., que dice:

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

(...)

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

Esta regla se ratifica para el caso de las entidades descentralizadas nacionales en el artículo 210 C.P., en cuanto prescribe que “*Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.*”

Por su parte la ley 489 de 1998, “*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*”, dispone en el artículo 49:

“ARTÍCULO 49. “Creación de organismos y entidades administrativas. Corresponde a la ley, por iniciativa del Gobierno, la creación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y los demás organismos y entidades administrativos nacionales.”

Las empresas industriales y comerciales del Estado podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma.

Las sociedades de economía mixta serán constituidas en virtud de autorización legal.

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 trata de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal.” (Resalta la Sala)

De las disposiciones transcritas se desprende con meridiana claridad que la creación de entidades públicas tiene necesariamente origen en la voluntad del Estado, y que el acto de creación de toda entidad administrativa nacional requiere del concurso coordinado de los poderes Legislativo y Ejecutivo. El Congreso tiene el poder constitucional originario y exclusivo para crear, pero no lo puede ejercer si el Gobierno no está interesado en la creación, porque los proyectos de ley de esta naturaleza están reservados a la iniciativa gubernamental (art. 154, num. 7 C.P.; ley 5 de 1992, artículo 142, num. 2). Así las cosas, cuando el Gobierno necesita crear una entidad administrativa, requerirá de ley o, al menos, de una “autorización de ésta”. ⁸ Obviamente, se trata de una autorización que tiene origen en el órgano Legislativo, que la expide, y que está dirigida al órgano Ejecutivo del poder público, quien la recibe. Sería enteramente contrario al orden constitucional suponer que la ley puede otorgar dicha autorización, para crear entes públicos constitutivos de la Rama Ejecutiva, a una autoridad ajena al Ejecutivo nacional o, peor, aún, a personas privadas.

Ha de observarse que, aun cuando el Presidente goza de facultad permanente para, por medio de decretos, suprimir, fusionar y reestructurar entidades y organismos de la Rama Ejecutiva (artículo 150 numerales 15 y 16 de la Constitución, leyes 489 de 1998 y 790 de 2002), carece de competencia para crear, función esta que requiere de ley. Mediando, sin embargo, la iniciativa gubernamental exclusiva para presentar proyectos de ley sobre creación, la Constitución ha radicado en cabeza del Presidente, como jefe de la administración nacional, la capacidad de determinar cuándo y en qué condiciones es oportuno crear nuevos entes administrativos. Ese es, también, el sentido de las autorizaciones de la ley para crear, que tiene como único destinatario constitucional a la Rama Ejecutiva, y no a otra autoridad, institución ni persona.

Por consiguiente, cuando la Constitución estipula que para crear una entidad descentralizada del orden nacional se requiere de una autorización legal, ha de entenderse que el destinatario de dicha autorización es el Gobierno Nacional. No podría ser de otra manera, dado que una decisión de esta índole, que altera la organización del Ejecutivo al aumentar su tamaño, y compromete en ello bienes o recursos públicos, no puede salir de la órbita de lo público, ni ocurrir sin el consentimiento ni, menos aún, sin el conocimiento de las autoridades administrativas competentes. En otros términos, la creación de una entidad pública del orden nacional es una *decisión* que debe ejecutarse exclusivamente por el Estado.

Dilucidada la cuestión de la competencia para crear entidades u organismos administrativos nacionales, merece atención el mandato legal que establece los contenidos mínimos de todo acto de creación. Sobre este particular dispone el artículo 50 de la ley 489 de 1998 que el acto de creación de todo organismo o entidad administrativa del orden nacional debe determinar sus objetivos, estructura orgánica y soporte

presupuestal. La estructura orgánica, en particular, comprende los siguientes aspectos, de acuerdo con esta disposición: denominación, naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico, sede, integración del patrimonio, señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y el Ministerio o el Departamento Administrativo al cual estará adscrito o vinculado el ente que se crea.

Estas reglas rigen para la creación de todo tipo de entidades públicas, incluyendo las descentralizadas, por expreso mandato de los artículos 150 - 7 y 210 de la Constitución Política, así como de los artículos 68 y 69 de la ley 489 de 1998. La creación de entidades descentralizadas en el orden nacional requiere, además, de "estudio demostrativo que justifique la iniciativa", conforme al artículo 69 de la ley 489 de 1998, que dice así:

"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".

4.2. La autorización legal para crear sociedades de economía mixta. Debe ser "concreta y específica"

El artículo 38 de la ley 489 de 1998 describe la integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional e incluye expresamente dentro del Sector Descentralizado por servicios a las sociedades de economía mixta (numeral 2 literal f). Por su parte, el artículo 97 de la misma ley define las sociedades de economía mixta en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 97.- Sociedades de economía mixta.- Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley" (Resalta la Sala).

De la naturaleza de las sociedades de economía mixta y de su regulación jurídica se desprende que la ley no puede crear directamente una sociedad de economía mixta, porque para que esta llegue a existir se requiere del concurso de particulares, de cuya voluntad para asociarse con el Estado no puede disponer el legislador, como tampoco de sus eventuales aportes patrimoniales a la sociedad. Es por ello que, para constituir una sociedad de economía mixta, de ordinario se necesitará de una autorización al ejecutivo que se origina en la Corporación Pública. A partir de dicha autorización, en este caso legal, el ejecutivo nacional y los representantes del sector privado concertados para constituir la sociedad, suscribirán la correspondiente escritura pública, que es la forma prescrita por la ley para crear una sociedad de economía mixta. Conjuntamente con la autorización, el legislador deberá arbitrar los bienes o recursos públicos que aportará el Estado a la sociedad proyectada. Lógica y mecanismos similares se aplican a la creación de sociedades de economía mixta departamentales, municipales o distritales, casos en los cuales corresponde a las asambleas y concejos expedir al ejecutivo la pertinente autorización, mediante ordenanza o acuerdo según el caso, y determinar los aportes públicos correspondientes.

Por todo lo expuesto, resulta evidente que la autorización necesaria para crear sociedades de economía mixta del orden nacional es la que debe otorgar la ley no al particular o los particulares que la van a constituir, pues para disponer de su propio patrimonio los particulares no requieren de autorización legal, sino a la administración gestora de la sociedad, que la necesita para disponer legítimamente de recursos públicos para tal fin.

Ahora bien, dado que la decisión de crear sociedades de economía mixta tiene origen, necesariamente, en una autorización que se materializa en una ley, ordenanza o acuerdo, cabe preguntar si dichas normas pueden revestir la forma de autorizaciones generales o si, por el contrario, cada autorización debe ser específica, particular y concreta, y por tanto referida a una sociedad determinada o individualizada.

La Corte Constitucional, al interpretar el artículo 150 numeral 7 de la Carta política, relacionado con la mencionada autorización, ante una demanda contra el artículo 14 de la ley 88 de 1993 que autorizaba aportes de la Nación a unas entidades⁹, expresó:

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

de 1968, en tratándose de sociedades de economía mixta, "el grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determinan en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social".

Tal ley, en consecuencia, debe determinar asuntos como estos: la cuantía de los recursos públicos que se aportarán a la sociedad, su objeto, su domicilio, su duración, la proporción del capital público y privado, lo mismo que el grado de tutela por parte de la administración, y a qué dependencia corresponde ejercerla.

(...) En el mismo sentido, se había pronunciado esta Corporación en sentencia C-196 de 1994, al expresar:

'... el Congreso goza de plenas atribuciones constitucionales para resolver en cada caso si crea una o unas determinadas sociedades de economía mixta o asociaciones, o si autoriza su constitución, siempre que disponga de manera concreta y específica cuál será su objeto, el régimen al cual estará o estarán sometidas y, si se trata de recursos provenientes directamente del tesoro de la Nación, determine el monto de los recursos públicos que habrán de llevarse como aporte o participación...' (Magistrado Ponente, doctor José Gregorio Hernández Galindo)

En síntesis: a la luz de la Constitución es inaceptable una autorización indefinida e ilimitada para crear (...) sociedades de economía mixta. En consecuencia, se declarará inexistente el último inciso del artículo 14.

(...)

Además, obsérvese que la expresión utilizada por la norma 'que se creen', abre unas posibilidades ilimitadas en cuanto al número, la magnitud, la naturaleza, la composición del capital, etc. ¿Se crearán cien empresas, o un millar? ¿Cuál será el capital de cada una de ellas, y cuál la participación de la Nación en ese capital? ¿Cuántas serán empresas industriales y comerciales del Estado y cuántas sociedades de economía mixta? ¿Y cuál será el tipo de estas últimas: anónimas o de responsabilidad limitada? ¿Cuántos centenares de miles de millones o cuántos billones de pesos, podrá destinar la Nación a su participación en tales empresas? ¿Predominará en ellas el aporte privado o el público? ¿Habrá en ellas inversión extranjera, y en qué proporción frente a los aportes nacionales, y especialmente frente a los estatales? En fin, un mandato, porque nada menos es lo que contempla el artículo 150, numeral 7o, no podrá jamás conferirse en términos tan generales, porque a la hora de exigir responsabilidades al mandatario no habrá manera de comprobar si se ciñó a él o se extralimitó.

Por todo lo anterior, también se declarará inexistente el inciso tercero del artículo 14. Inciso que, además, por la indeterminación de la autorización, también quebranta el artículo 350 de la Constitución.

No sobra anotar que, en el caso del inciso tercero, tampoco hay ley preexistente que decrete el gasto, pues no puede aceptarse que ésta sea precisamente la misma ley de Presupuesto.

A todo lo cual hay que agregar que el conferir la facultad para constituir empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta, es asunto que no se refiere a la misma materia que el Presupuesto. Tal autorización debe ser objeto de una ley, y no un artículo más o menos oculto en una ley cuya finalidad es diferente. Por este aspecto, el inciso tercero quebranta el artículo 158 de la Constitución. En casos como éste, debe primeramente existir la ley que autorice la constitución de la sociedad; después, habiendo ley preexistente, se hará en el Presupuesto la apropiación correspondiente. Es lo que ordena el inciso segundo del artículo 346, al decir que en la Ley de Apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un gasto decretado conforme a la ley anterior".¹⁰ (Paréntesis textual. Se resalta).

La Sala acoge integralmente los criterios expuestos en la jurisprudencia transcrita, y estima que a pesar de ser anterior a la vigencia de la ley 489 de 1998, las afirmaciones allí consignadas tienen plena validez y actualidad en la medida en que: i) Están referidos a la interpretación del numeral 7 del artículo 150 de la C.P., norma vigente; ii) Parten de la necesidad constitucional de ley previa que autorice la creación de una sociedad de economía mixta, tal como lo expuso la Sala en los puntos anteriores, y iii) La mención del artículo 8º del decreto 1050 de 1968, norma derogada por la ley 489, en nada altera el criterio sostenido, si se considera que el contenido material de dicha disposición coincide en lo esencial con los artículos 50, 97 y 98 de la ley 489 de 1998. Es más, el artículo 50 ibíd, al señalar concretamente los requisitos que debe contener el acto de creación de una entidad pública, no deja duda de que dicho acto no puede ser general, sino específico respecto del tipo de

entidad de que se trate.

Analizado lo relativo a la autorización necesaria para crear una sociedad de economía mixta, procederá la Sala a examinar el procedimiento legalmente establecido para organizar dichas sociedades, que es igualmente relevante para los fines de este concepto.

4.3. Las sociedades de economía mixta se constituyen por medio de escritura pública

De acuerdo con lo arriba expuesto, las sociedades de economía mixta, atendida su naturaleza societaria, no se crean unilateralmente por parte del Estado mediante un acto suyo, como podría ser una ley o un decreto en ejercicio de facultades extraordinarias. Es necesaria la celebración de un contrato de sociedad, en los términos del artículo 98 del C.Co., en el cual la administración, para poder suscribirlo, necesita de una autorización de la ley que, como se ha visto, debe ser especial y expresa para el tipo de sociedad de que se trate en particular. Sobre estos presupuestos, en el contrato constitutivo de la sociedad el Estado deberá manifestar tanto su ánimo de asociarse como el de hacer efectiva la participación económica mediante la suscripción de su aporte al capital social, en los montos autorizados igualmente por el legislador.

Como dijo la Sala en el concepto 506 de 1993 y se reitera en éste, en el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta deberán señalarse las condiciones que para la participación del Estado contenga la disposición que autorice su creación; el carácter de nacional, departamental o municipal de la sociedad; así como su vinculación al organismo de la administración central que ejercerá la tutela sobre la sociedad (artículos 98 de la ley 489 de 1998 y 462 del C. de Co.).

Son elementos para la configuración de dicho contrato: a) El ánimo asociativo, es decir, la manifestación expresa de la voluntad de constituir sociedad con otros socios, lo cual, para el caso de la sociedad de economía mixta, debe constar inequívocamente en el acto que autoriza su constitución y en el contrato social; b) El aporte o suministro de bienes que, para el caso del Estado, deberá estar justificado con la respectiva apropiación presupuestal. El aporte podrá consistir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que la misma emita, títulos mineros y para la explotación de recursos naturales, etc. (art. 100 de la ley 489 de 1998); el Estado también podrá aportar concesiones (art. 463 del C. de Co.) y c) El ánimo de lucro, que es elemento característico de la finalidad de la sociedad.

De su regulación constitucional y legal, así como de la jurisprudencia constitucional sobre la materia¹¹, la Sala extractó, en el concepto 1921 del 23 de septiembre de 2008, las características principales de las sociedades de economía mixta, que se reiteran y precisan a continuación:

- i. Son entidades autorizadas por la ley, si son del orden nacional (art. 150-7 C.P.), o por una ordenanza de la Asamblea si pertenecen al nivel departamental (art. 300-7 ibidem) o por un acuerdo del Concejo si son de carácter municipal (art. 313-6 ibid.).
- ii. Deben revestir forma societaria conforme al Código de Comercio.
- iii. Requieren de aportes tanto del Estado como privados en su capital.
- iv. Su objeto social consiste en desarrollar actividades industriales o comerciales.
- v. En principio se rigen por las reglas del derecho privado, salvo las excepciones legales.
- vi. Están vinculadas a la administración como integrantes que son del sector descentralizado, y en consecuencia quedan sujetas a controles administrativos.

Es por todo lo anterior que riñe con el diseño constitucional de las competencias para modificar la estructura de la administración nacional el suponer que las cámaras de comercio, siendo entidades privadas, cuentan de antemano y para todos los eventos futuros, con una especie de autorización genérica y abstracta para, en nombre del Estado y comprometiéndolo en ello su responsabilidad y sus recursos, que tienen destinación específica diferente, constituir sociedades de economía mixta dedicadas al objeto que a las directivas de dichas cámaras les parezca, a partir de una formulación unilateral de políticas de inversión y promoción. Se aparta de la ley, además, todo procedimiento de creación de una sociedad que obvie el elemental requisito de suscribir la escritura pública por parte de quienes concurren a su formal constitución.

4.4. Creación de entidades estatales sin ánimo de lucro de carácter mixto

El artículo 96 de la ley 489 de 1998 prevé la constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares en los siguientes términos:

"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 aquéllas la ley."

La iniciativa para constituir las asociaciones emerge, necesariamente, del Estado, y puede apuntar a "la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas". Prescribe el artículo 96 que "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 aplicación del artículo 96 surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, dispone la ley que se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común, y que en el acto que les de origen se dispondrá sobre: los objetivos y actividades a cargo; 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; la participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad; la integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares; la duración de la asociación y las causales de disolución.

La creación de una persona jurídica de participación mixta se enmarca en el campo de la estructura de la administración, que se modifica y aumenta al entrar a formar parte de ella un organismo nuevo por iniciativa de la administración y con recursos provenientes del Estado. Como se ha señalado, la definición de esa estructura es competencia reservada al Legislador, a las asambleas y a los concejos, a partir de una iniciativa que se ha reservado, en cada caso, al Ejecutivo del respectivo orden administrativo.

Ahora bien, tratándose de una persona jurídica mixta de las previstas en la norma que se comenta, su creación ha de tener origen, necesariamente, en una entidad estatal ya existente, que concurre al acto con particulares, por lo que se está en presencia de una entidad descentralizada indirecta o de segundo grado. En esta hipótesis también se requiere de autorización estatal previa para cada caso: 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, según el párrafo del artículo 49 de la ley 489 de 1998.

En suma, al igual que ocurre con las sociedades de economía mixta, el nacimiento de una entidad descentralizada indirecta sin ánimo de lucro de participación mixta exige, además de la disposición estatal que autoriza su creación, el acto constitutivo que le dé origen, el cual debe reunir, como mínimo, los requisitos y condiciones estipulados en el artículo 96 de la ley 489 de 1998.

5. Los decretos reglamentarios 4698 de 2005 y 898 de 2002

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo ubica dentro del marco jurídico de su consulta el artículo 1º del decreto reglamentario 4698 de 2005, "Por el cual se reglamenta el Título VI del Libro Primero del Código de Comercio y se dictan otras disposiciones ", que dice así:

"ARTÍCULO 1º. Los ingresos de origen público correspondientes a las funciones registrales de las Cámaras de Comercio previstos en la ley, y los bienes adquiridos con estos, serán contabilizados como activos en su balance, en la forma prevista en este decreto. Tales bienes e ingresos están sujetos a las funciones atribuidas a estas entidades por la ley o por el Gobierno Nacional en aplicación del numeral 12 del artículo 86 del Código de Comercio". (Resalta la Sala).

La disposición reglamentaria transcrita invoca como fundamento legal el numeral 12 del artículo 86 del C. Co., que dice:

"ARTÍCULO 86.- Las Cámaras de Comercio ejercerán las siguientes funciones:

(...)

12a) Las demás que les atribuyan las leyes y el gobierno nacional". (Resalta la Sala).

La regla conforme a la cual, según estas dos disposiciones, el gobierno nacional puede atribuir funciones a las Cámaras de Comercio, fue objeto de análisis de constitucionalidad en la sentencia C - 909 de 2007, mediante la cual la Corte Constitucional resolvió:

"Declarar EXEQUIBLE la expresión "y el Gobierno Nacional", del numeral 12 del artículo 86, del Decreto 410 de 1971 -Código de Comercio-, en el entendido de que tales atribuciones se circunscriben al desarrollo de actividades propias de la naturaleza jurídica y objeto de las Cámaras de Comercio, dentro del marco fijado por la ley" (subraya la Sala).

La razón de este pronunciamiento de constitucionalidad condicionada es explicada por la Corte así:

"...la atribución (al Gobierno Nacional) consagrada en el numeral 12 del artículo 86 del Código de Comercio, no puede ser entendida como una permisión para que este, mediante acto administrativo, pueda asignarle a las Cámaras de Comercio funciones públicas, por cuanto de conformidad con lo previsto en los artículo 123, inciso tercero; 210, inciso segundo y 365, inciso segundo, de la Constitución Política, únicamente la ley podrá determinar las condiciones en las cuales los particulares pueden cumplir funciones administrativas.

La atribución en comento tampoco implica una facultad al Gobierno Nacional, para que como suprema autoridad administrativa asigne a las Cámaras de Comercio funciones de las que tratan los artículos 110 y 111 de la ley 489 de 1998.

Por tanto, las funciones que el Gobierno Nacional puede asignar a las Cámaras de Comercio en virtud de la atribución prevista en el numeral 12 del artículo 86 del Código de Comercio, no puede ser entendida como una competencia autónoma, sino que debe ser ejercida con sujeción a la ley y en todo caso, no puede referirse a ninguna clase de funciones administrativas cuya determinación está reservada al legislador. En efecto, deben hacer referencia a aquellas acordes con la naturaleza gremial y corporativa de las Cámaras de Comercio, y por tanto no pueden implicar una desviación de las propias de registro mercantil original y esencialmente asignadas por la ley a dichos entes, ni afectar su naturaleza jurídica, ni los objetivos para los cuales fueron creadas."

De este fallo se deriva que sería ostensiblemente contrario al orden constitucional interpretar el artículo 1º del decreto 4698 de 2005, así como el numeral 12 del artículo 86 del C.Co., en el sentido de que las Cámaras de Comercio estarían facultadas por la ley para destinar los recursos públicos que perciben a título de tasa por la función pública del registro mercantil, a la financiación de actividades o funciones ajenas a la naturaleza de la tasa o a la función pública del registro mercantil. No existe en la ley tal facultad, y por tanto no la puede conferir el Gobierno mediante un decreto reglamentario de la ley, pues desbordaría el marco constitucional de la potestad reglamentaria.

Es por esta razón que las *"acciones y programas dirigidos a dotar a la región de las instalaciones necesarias para la organización y realización de ferias, exposiciones, eventos artísticos, culturales, científicos y académicos, entre otros, que sean de interés para la comunidad empresarial de la jurisdicción de la respectiva Cámara de Comercio"*, de que trata el decreto reglamentario 898 de 2002, artículo 10 numeral 6, también mencionado en la consulta, no pueden ser financiados con los recursos públicos que genera la tasa recaudada por las Cámaras de Comercio, por estar referidos a gastos ajenos a la destinación específica de estos dineros fiscales.

El desarrollo de tales actividades compete, naturalmente, a la órbita de la gestión de intereses privados y gremiales que corresponde desarrollar a las Cámaras de Comercio, con sus propios recursos claro está, y no con los dineros fiscales que están bajo su administración y custodia.

El que las Cámaras de Comercio puedan ejercer numerosas funciones de conformidad con el artículo 86 del Código de Comercio y otras disposiciones legales, no significa que indiferentemente todas las puedan realizar a costa de los recursos que provienen del recaudo de la **Concepto Sala de Consulta C.E. 2025 de 2011 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil** **13 EVA - Gestor Normativo**

tasa que tiene origen en el servicio del registro mercantil y que solo en dicho servicio pueden ser reinvertidos.

Por las mismas razones, la interpretación del artículo 6º del decreto reglamentario 4698 de 2005, al cual también se refiere la consulta, no puede tener los alcances que esta insinúa. Dispone esa norma lo siguiente:

ARTÍCULO 6º. Las Cámaras de Comercio, en lo concerniente a nuevos aportes de capital con recursos públicos en entidades sin ánimo de lucro, estarán sujetas a las mismas condiciones y requisitos establecidos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 para las entidades del orden nacional.

PARÁGRAFO. Todo aporte de capital con recursos de origen público en sociedades civiles o comerciales o en entidades sin ánimo de lucro, se realizará como aporte de origen público y así deberá quedar reflejado tanto en los registros de la sociedad o entidad en que se invierten, como en los de la respectiva Cámara de Comercio". (Resalta la Sala).

El artículo 6º del decreto reglamentario 4698 de 2005, en cuanto norma que está subordinada a la ley, no admite lectura que pudiera contrariar la norma superior. Por consiguiente, si se capitalizan entidades sin ánimo de lucro con recursos públicos, las Cámaras de Comercio, por supuesto, estarán sujetas a las mismas condiciones y requisitos establecidos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

La regla del párrafo del artículo 6º del decreto reglamentario 4698 de 2005, arriba transcrita, es redundante y obvia: todo aporte de origen público a sociedades civiles o comerciales o a entidades sin ánimo de lucro, "se realizará como aporte de origen público". Es evidente que al tratarse de un aporte de origen público mal podría entenderse que es un aporte de origen privado. Es por ello que, necesariamente, los registros contables de las entidades receptoras del aporte, como los de la respectiva Cámara de Comercio, si es esta la que gira los recursos, deberán consignar con toda fidelidad la naturaleza pública del aporte.

Por las razones expuestas estima la Sala que es contrario a la Constitución y excedería "el marco fijado por la ley" (según expresión utilizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-909 de 2007) entender que el artículo 6º del decreto reglamentario 4698 de 2005 contiene una "autorización legal" de carácter general, abstracto e indefinido, a las Cámaras de Comercio, para que aporten los recursos de origen público que administran a sociedades civiles o comerciales o entidades sin ánimo de lucro. Esta es una función que les está completamente vedada, dado que es la propia ley la que, a partir de la Constitución Política, ha restringido la inversión de los referidos "recursos de origen público" a la recuperación de los costos que demanda la función registral, porque se trata de dineros fiscales originados en una tasa. Menos aún podría entenderse que en esta disposición se encuentra la requerida "autorización legal" para crear o constituir sociedades de economía mixta, entidades públicas sin ánimo de lucro o cualquiera otra entidad de naturaleza pública.

Con base en las consideraciones expuestas,

LA SALA RESPONDE:

1. *"Una sociedad creada por una cámara de comercio, entidad de naturaleza privada, con recursos de origen público, por provenir del cumplimiento de sus funciones públicas, para desarrollar un centro de convenciones, ¿tiene el carácter de sociedad de economía mixta y debe sujetarse en su funcionamiento a las reglas aplicables a éstas en materia administrativa, laboral, presupuestal y de contratación?"*

2. *"¿Cambia la respuesta anterior si en dicha sociedad participa una entidad territorial, aun cuando su aporte al capital de dicha sociedad sea minoritario?"*

Las Cámaras de Comercio carecen de facultad para crear sociedades de economía mixta, cualquiera que sea su objeto o finalidad, y no les está permitido invertir los recursos de origen público que recaudan por concepto de tasa en nada diferente de la recuperación de los costos que demanda la función registral.

3. *"¿Se aplica el artículo 96 de la ley 489 de 1998 a una entidad sin ánimo de lucro creada por una cámara de comercio con recursos de origen público y con la participación de entidades de derecho privado?"*

4. *"¿Se altera dicha respuesta si en la creación de la persona jurídica sin ánimo de lucro participa una entidad estatal haciendo un aporte inferior al que realizan las personas de derecho privado?"*

Las Cámaras de Comercio carecen de facultad para crear entidades sin ánimo de lucro mediante el aporte de los recursos de origen público que recaudan, dado que estos recursos son dineros fiscales con destinación específica, consistente única y exclusivamente en la recuperación de los costos que demanda la función registral.

5. *“¿Si en estos casos fuera aplicable el artículo 96 de la ley 489 de 1998, cuál sería el alcance de dicha norma cuando establece que las entidades a las que se refiere ‘se sujetarán a las disposiciones Previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común? ¿Incluye lo anterior las normas laborales, contractuales, etc. que se aplican a toda persona de derecho privado?”*

6. *“Específicamente, se pregunta si a una entidad sin ánimo de lucro, creada con participación de una Cámara de Comercio que realiza aportes con recursos públicos, y eventualmente con una participación de una entidad estatal le es aplicable:*

a. *El régimen de contratación de la ley 80 de 1993, de la ley 1150 de 2007 y de sus decretos reglamentarios ¿Cómo se establece la participación estatal en una entidad sin ánimo de lucro al no existir ni cuotas, ni acciones ni partes de interés?*

b. *La ley 87 de 1993 en temas de control interno.*

c. *El Estatuto Orgánico del Presupuesto, compilado en el decreto 111 de 1996.*

d. *Las normas contables para las entidades públicas, según lo establecido en la ley 298 de 1996 y las normas que la reglamentan”.*

La Sala encuentra que al derivar estas últimas preguntas de los números 3 y 4, relativas a la creación de *entidades sin ánimo de lucro por una cámara de comercio con recursos de origen público*, se les aplica la respuesta anterior y, por tanto, no es del caso analizar los interrogantes propuestos.

Transcríbase al señor Ministro de Comercio, Industria y Turismo y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

PRESIDENTE DE LA SALA

LUÍS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

CONSEJERO

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

CONSEJERO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

CONSEJERO

JENNY GALINDO HUERTAS

SECRETARIA DE LA SALA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹ Ver también Corte Constitucional, sentencia C - 167 de 1995.

² "Por el cual se reglamenta el Título VI del Libro Primero del Código de Comercio y se dictan otras disposiciones reglamentarias", publicado en el Diario Oficial. 44.795 del 9 de mayo de 2002.

³ Sala Plena, Sentencia de agosto 23 de 1982, ponente doctor Ricardo Medina Moyano. Citada en el documento "Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral. Criterios y Procedimientos Especializados Cámaras de Comercio". Contraloría General de la República. <Http://200.93.128.215/audite/audite 4 html>

⁴ "Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deudas pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones".

⁵ Los criterios expuestos en las sentencias citadas sobre la noción de tasa han sido reiterados en múltiples pronunciamientos posteriores de la Corte Constitucional. Pueden verse, entre otras, las sentencias C - 809 de 2007, y C - 134 y C - 287 de 2009.

⁶ La Sala ha puesto de relieve, reiteradamente, el carácter de ingreso público que tiene la tasa. Recientemente lo expresó así en el concepto 1924 de 2008.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C - 040 de 1993

⁸ En la sentencia C-150/04 la Corte Constitucional expresó: "De conformidad con lo expuesto, el Congreso de la República está facultado para crear y suprimir entidades y organismos públicos del nivel nacional, de manera directa y a través de una ley ordinaria (art. 150-7). Igualmente, está autorizado por la Constitución Política para delegar en el Presidente de la República competencia para tomar aquel tipo de decisiones, evento en el cual deberán atenderse las condiciones fijadas en el artículo 150 numeral 10 superior. Es de resaltar que la Constitución consagra una cláusula de reserva de ley para la creación de entidades y organismos del orden nacional".

⁹ "ARTÍCULO 14.- La Nación podrá capitalizar, directa o indirectamente, a las entidades públicas del orden nacional. Dentro de dicha capitalización se podrán incluir los aportes que se efectúen o se hayan efectuado por parte de la Nación.

Las capitalizaciones o cancelaciones de obligaciones que deba efectuar la Nación a entidades de derecho público, podrán realizarse mediante la liquidación de activos de la Nación.

El Gobierno Nacional podrá participar como accionista en las empresas que se creen en desarrollo de los proyectos eléctricos del plan de expansión aprobado por el CONPES."

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C - 357 de 1994.

¹¹ Entre otras, además de las sentencias C - 629 de 2003 y C - 784 de 2004 ya citadas, pueden verse las sentencias C - 953 de 1999, C- 736 de 2007 y C- 910 de 2007.

Fecha y hora de creación: 2025-12-19 23:05:41