



Función Pública

Concepto 167881 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública

20166000167881

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20166000167881

Fecha: 10/08/2016 11:13:51 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: ENTIDADES. Creación de una entidad sin ánimo de lucro con fundamento en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Radicación No. 2016-206-018056-2 del 29 de junio de 2016.

De manera atenta me refiero a su comunicación de la referencia, relacionada con su solicitud de concepto respecto a la viabilidad para constituir una Fundación o entidad sin ánimo de lucro entre la Dirección Centros de Reclusión DICER del Ejército Nacional y un Particular con el fin de cumplir y desarrollar programas de Atención Integral, Tratamiento Penitenciario y Proyectos Productivos, conforme a las funciones establecidas en el Código Penitenciario y Carcelario Ley 65 de 1993 reformado por la Ley 1709 de 2014. Con tal propósito me permito dar respuesta en los siguientes términos:

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, sobre la creación de fundaciones entre entidades públicas y particulares dispone:

“ARTÍCULO 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a 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;
- 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. “

La Corte Constitucional mediante Sentencia [C-671/99](#), con Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA, del 9 de septiembre de 1999, examina la demanda de inexequibilidad de los artículos 95 y 96 de 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*”, e indica sobre el citado artículo 96:

6. El artículo 96 de la Ley 488 de 1990, es exequible.-

6.1. En relación con la norma en mención, se observa por la Corte que la autorización que en su inciso primero se otorga a entidades estatales para que con observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución pueden celebrar convenios de asociación con personas jurídicas de derecho privado o participen en la creación de personas jurídicas de este carácter para desarrollar actividades propias de “los cometidos y funciones” que la ley asigna a las entidades estatales, no vulnera en nada la Carta Política, por cuanto se trata simplemente de un instrumento que el legislador autoriza utilizar para el beneficio colectivo, es decir, en interés general y, en todo caso, con acatamiento a los principios que rigen la actividad administrativa del Estado.

Por tanto, la asociación con particulares en la creación de personas jurídicas de derecho privado es un instrumento que el legislador autoriza utilizar en interés general y, en todo caso, con acatamiento a los principios que rigen la actividad administrativa del Estado.

Según ha señalado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

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

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

A estas últimas entidades se refiere el parágrafo del artículo 46 (sic) de la Ley 489 de 1998 en los siguientes términos:

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

Las entidades descentralizadas indirectas no son mencionadas ni caracterizadas como tales, de manera expresa, en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, pero deben entenderse incluidas en el literal g), que incluye en las descentralizadas del orden nacional a "Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público." La evidencia de que esto es así la ofrece el capítulo XIII de la Ley 489 de 1998, que incluye en la denominación genérica "entidades descentralizadas" a las descentralizadas indirectas.

(...)

Las entidades descentralizadas indirectas, como son las asociaciones, fundaciones y corporaciones, se enmarcan dentro del concepto de entidad pública o entidad estatal de acuerdo con las normas vigentes, según se desprende del análisis realizado en el presente estudio, que viene a ser corroborado por la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En pronunciamientos emitidos sobre el tema por la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, así como en conceptos e instructivos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público habitualmente se ha seguido la doctrina de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado."

Conforme al estudio adelantado por el Ex Magistrado Doctor Becerra, se determina respecto de las fundaciones sin ánimo de lucro constituidas con la participación de entidades públicas y particulares, con fundamento en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, lo siguiente:

· Dichas entidades, deben ser consideradas entidades de naturaleza pública, hacen parte de las entidades descentralizadas indirectas y al participar del género de entidades descentralizadas que define el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 210 de la Constitución Política, deben entenderse incluidas dentro de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden Nacional, de forma particular a las señaladas en el Artículo 38, literal g) de la Ley 489 de 1998.

· Estas personas jurídicas únicamente están autorizadas por la ley para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna la ley a las entidades públicas que se asocian con tal fin.

· La norma exige que en el acto constitutivo de dichas asociaciones y fundaciones se indique en los objetivos y actividades a su cargo, con toda precisión, "la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes", y estipula la "sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas.

· Las entidades descentralizadas indirectas al ser una especie del género entidades descentralizadas, gozan de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente, requisitos establecidos para las entidades descentralizadas por el artículo 68 de la ley 489 de 1998. Como consecuencia de ser entidades descentralizadas, su constitución debe estar autorizada por la ley, la ordenanza o el acuerdo, pues la Constitución Política no las contempla como sujetos de régimen especial o diferente, y entonces el legislador no podría regularlas en contrario.

CONCLUSIONES.

En consecuencia, conforme a la normativa y concepto citado en el presente escrito, en criterio de esta Dirección Jurídica, con el fin de atender la consulta presentada, debe indicarse que la viabilidad de constituir una persona jurídica o entidad sin ánimo de lucro conformada por la Dirección Centros de Reclusión DICER del Ejército Nacional y un Particular con el propósito de cumplir y desarrollar programas de Atención Integral, Tratamiento Penitenciario y Proyectos Productivos, debe estar precedida de la existencia de una ley que lo disponga, o que la autorice de forma expresa, en razón a participar de la naturaleza de entidad descentralizada, que como tal requiere de este requisito, de preexistencia de la ley, para su constitución y funcionamiento.

Finalmente, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo” donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

MONICA LILIANA HERRERA MEDINA

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Concepto [1291](#) de 2000.

2 *Ibíd.*

3 Corte Constitucional, sentencia C-671/99

RMM/JFCA

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:25:36