

A propósito de las corporaciones sin ánimo de lucro mixtas y el paradigma de su patrimonio

Regarding non-profit joint ventures and the paradigm of their assets

Autor: Luisa Adriana Cely Ramos

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.911>

**A PROPÓSITO DE LAS CORPORACIONES SIN
ÁNIMO DE LUCRO MIXTAS Y EL PARADIGMA
DE SU PATRIMONIO***

**REGARDING NON-PROFIT JOINT VENTURES
AND THE PARADIGM OF THEIR ASSETS**

**O OBJETIVO DAS EMPRESAS DE
RENTABILIDADE MISTA E O PARADIGMA
DO SEU PATRIMÔNIO**

Luisa Adriana Cely Ramos^a
luisacely@gmail.com

Fecha de recepción: 08 de agosto de 2017
Fecha de revisión: 10 de agosto de 2017
Fecha de aceptación: 08 de septiembre de 2017

RESUMEN

Las iniciativas públicas para el desarrollo de nuevos proyectos o simplemente para el buen funcionamiento del Estado, han requerido de la aplicación de algunas de las figuras del derecho privado, las cuales han demostrado ser más acordes con las finalidades perseguidas, por ello, en la Ley 489 de 1998, el legislador colombiano previó la posibilidad de creación de entidades sin ánimo de lucro, en especial las Corporaciones Mixtas, como un medio de colaboración entre el sector público y privado. No obstante, el ideal buscado, existen puntos de intersección en el desarrollo de estas instituciones como en su constitución, al momento de establecer y pagar los aportes, que afectan su patrimonio. Los recursos públicos irradian de tal manera que parecen marcar la directriz a seguir en una institución que por su naturaleza y concepción es netamente privada. Por tanto, el presente artículo analiza la influencia del régimen público en el patrimonio de

** Artículo de reflexión.*

a. Abogada Egresada de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Especialista en Derecho Contractual y Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, Magister en Derecho en línea de profundización de Derecho Privado de la Universidad del Rosario. Asesora en asuntos de Contratación Privada y Estatal.

MISIÓN JURÍDICA
Revista de Derecho y Ciencias Sociales
Bogotá, D.C. (Colombia)
Colaboradores Internos Nacionales
Núm. 15 Año 2018
Julio - Diciembre, pp. 299 - 316
ISSN 1794-600X

las Corporaciones mixtas utilizando para ello el método descriptivo en un marco de lo cualitativo y analítico, respecto de los referentes teórico, histórico, jurisprudencial y normativo, mostrando al lector la problemática presentada debido a la dualidad del origen de los recursos.

PALABRAS CLAVE

ESAL; asociación; corporaciones mixtas; aportes sociales; patrimonio; irradiación pública.

ABSTRACT

Initiatives by the public sector for the development of new projects or simply for the proper functioning of the State have required the application of some of the figures from the private sector which have demonstrated to be more consistent with the desired purposes. Thus, in the Law 489 of 1998, Colombian legislators foresaw the possibility of the creation of non-profit entities, in particular joint Ventures, as a means of collaboration between the public and private sectors. Nevertheless the ideal sought, there are points of intersection in the development of this institutions as well as in their creation when it comes to establishing and paying the contributions that affect their assets. Public resources irradiate in such way that seem to set the guidelines to follow in an institution that by its nature and concept is fundamentally private. Consequently, the present article analyzes the influence of the public regime in the patrimony of the joint Ventures using the descriptive method in a qualitative and analytical framework regarding theoretical, historical, jurisprudential, and normative models showing to the reader the problems arised from the duality of origin of the resources.

KEY WORDS

ESAL; partnership; joint corporations; insurance funds; patrimony; state irradiation.

RESUMO

As iniciativas públicas para o desenvolvimento de novos projetos ou simplesmente para o bom funcionamento do Estado tem buscado a aplicação de algumas das figuras de direito privado, que provaram ser mais consistente com os objetivos prosseguidos, portanto, a Lei 489, de 1998, o

legislador colombiano previu a possibilidade de criação de entidades sem fins lucrativos, corporações mistas, como um meio de colaboração entre o setor público e privado. No entanto, o ideal buscado, há pontos de interseção no desenvolvimento dessas instituições como em sua constituição, no momento de estabelecer e pagar contribuições, que afetam seus ativos. Os recursos públicos irradiam de tal forma, que parecem marcar a diretriz a seguir em uma instituição que, por sua natureza e concepção é puramente privada. Portanto, o artigo discute a influência do sistema público na herança de sociedades de economia mista, utilizando o método descritivo em um quadro qualitativo e analítico, para as referências teóricas, histórico, jurisprudência e normativas, mostrando ao leitor os problemas apresentados devido à dualidade da origem dos recursos.

PALAVRAS-CHAVE

ESAL, associação,; empresas mistas; contribuições sociais; patrimônio; irradição pública.

INTRODUCCIÓN

La relación simbiótica del Derecho Privado y el Derecho Público¹, identifican una realidad de la integración del derecho, para algunos “La Constitución Económica configura una dogmática intermedia entre el derecho público y el derecho privado, (...) es decir, el ámbito de la Constitución económica permite deducir áreas de intercambiabilidad entre formas jurídico—públicas y entre formas jurídico privadas” (Molano López, 2005, pág. 130) y esto es así, en atención a los beneficios que puede reportar para las entidades gubernamentales el uso de instituciones del derecho privado², no en vano

1. Sobre el particular se afirma: “De todos modos, en las nuevas tendencias del derecho se habla de un concepto de globalización del mismo, en donde los límites entre el derecho público y el derecho privado son cada vez más tenues, en razón de sus sujetos y de sus objetos”. Acosta Gómez, Francisco Javier. “Filosofía del Derecho Privado”. Medellín. Biblioteca Jurídica Dike. Cuarta Edición. 2012p. 73.

2. Es cierto que las instituciones privadas versus las entidades públicas gozan de mayores márgenes de eficiencia, no obstante, en relación al proceso de reconocimiento frente a la ESAL, tenemos el siguiente comentario: “En la práctica estas organizaciones sin fines de lucro deben tomar en cuenta diversas fuentes de legitimidad. Está la legitimidad moral, basada en valores morales con suficiente aceptación y fuerza para su reconocimiento; la legitimidad técnica que surge del conocimiento y la experticia en su trabajo social; la legitimidad política, derivada de la representatividad democrática; y la

muchos han visto en ello, una muestra de la llamada huida del derecho administrativo hacia el derecho privado³ (Tafur Galvis, Estudios de Derecho Público, 1997).

Ya lo advertía Tafur Galvis, al indicar que el Estado “se sirve de las formas jurídicas de derecho privado para el cumplimiento de las actividades y deberes estatales”, (Tafur Galvis, 1986, pág. 4) siendo una de ellas, la asociación entre personas de derecho público y de derecho privado. Es servirse de los beneficios de la figura netamente privada de las entidades sin ánimo de lucro⁴ para el cumplimiento de fines comunes⁵. En algunas ocasiones, atendiendo las funciones asignadas por la ley a ciertas entidades estatales, incluyendo desde los entes territoriales hasta los que conforman la administración pública⁶, se observa la necesidad de aunar esfuerzos con entidades privadas para cumplir con cometidos mutuos que atienden al interés común y reportan

utilidad pública⁷, dando paso, para el efecto, al uso de la institución de las corporaciones.

En el contexto histórico, existentes desde el derecho romano, las corporaciones eran conocidas como *universitas personarum*, siendo personas jurídicas civiles en donde prevaleció el elemento subjetivo bajo la voluntad de asociación (Parra Benítez, 2010). Según la doctrina, los antecedentes de las corporaciones se remontan “en antiguos collegia de sacerdotes que se encargaban de atender el culto a una divinidad, un poco como nuestras actuales comunidades religiosas, en las que la agrupación tiene una identidad propia que no se confunde con la de sus miembros” (Medina Pabón, 2014, pág. 562). Al compas del desarrollo humano, con la evolución de las comunidades, se generaron agrupaciones con fines específicos tales como las de los artesanos y profesionales que se constituyeron en la edad media en donde tuvieron su mayor auge (Medina Pabón, 2014, pág. 562). Ya en tiempos más recientes, la corporación es concebida como “unión organizada y estable de individuos, dotada de personalidad jurídica para la realización de un objeto común” (Tafur Galvis, 1986, pág. p. 18) se ubican dentro de la reglamentación del derecho privado colombiano, en el Código Civil en el artículo 633 y ss, allí la legislación adelanta la reglamentación marco para esta ESAL⁸. A su turno, para la Corte Suprema de Justicia en fallo de instancia, consideró a la corporación como “la pluralidad de personas que reúnen sus esfuerzos y actividades para una finalidad no lucrativa, sino de orden espiritual o deportivo o recreativo”⁹ y otros doctrinantes también la conciben como la materialización del derecho de asociación pues “supone la existencia de dos o más individuos que en ejercicio de su derecho constitucional de asociación deciden celebrar un acuerdo de voluntades a efecto de la realización

legitimidad legal, que tiene como soporte el cumplimiento de los estándares y expectativas legales”. Jaramillo Diaz. Entidades Sin Anímo de Lucro, Características y Aplicaciones del Régimen Tributario. Bogotá. Legis sexta edición. 2014. pp 3-4.

3. *En relación a la huida se afirma: “En Colombia, como se verá, las tendencias enunciadas han sido plasmadas en la legislación, con crecientes registros de remisión al derecho privado para la regulación de actividades estatales a cargo de la administración y para la conformación de ciertas organizaciones surgidas por virtud de la iniciativa estatal, con participación de particulares, o sin ella”. Tafur Galvis Alvaro. Estudios de Derecho Público. Bogotá. Gustavo Ibáñez Ediciones Jurídicas. 1997. p. 94*

4. *Al respecto en derecho comparado, los doctrinantes mexicanos Domínguez Osorio & Reséndiz Núñez, sobre las asociaciones civiles indican: “Es una persona moral, creada mediante el acuerdo de varios individuos para la realización de un fin común, que tenga cierta permanencia o duración, de carácter político, científico, artístico, de recreo o cualquier otro que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico”. Domínguez Osorio Jaime & Reséndiz Núñez Cuauhtemoc. Sociedades y Asociaciones Civiles. México DF. Ediciones Fiscales ISEF. 2012. P. 37. http://app.vlex.com/ez.urosario.edu.co/#WWW/vid/427636954/graphical_version. (15.06.2015)*

5. *En lo que atiene al Rol de estas entidades el doctrinante Cahian, indica: “La dinámica, la acción y la proyección del quehacer de estas entidades, adquieren actualmente una dimensión extraordinaria. Ahora, las connotaciones de la presencia de estas organizaciones son muy diferentes de las de otrora. El papel que tenían originariamente-meramente subsidiario de la acción estatal- se ha ido convirtiendo en una verdadera colaboración o cooperación con el Estado. Por supuesto, este acrecentamiento del rol de estas instituciones ha producido paralelamente una mayor responsabilidad de las mismas ante la comunidad toda” Cahian Antonio. Las Asociaciones Civiles en la República Argentina. Buenos Aires. Edición la Roca. 2004. p. 49*

6. *Al respecto véase el artículo 38 al 48 de la Ley 489 de 1998, en la cual se establece la estructura y organización de la Administración Pública.*

7. *Respecto de la acción mancomunada, se afirma: “La interrelación de fines y actividades, que paulatinamente ha ampliado la zona limítrofe de los sectores público y privado, genera indiscutiblemente un orden nuevo y complejo que no puede ser tratado satisfactoriamente con la aplicación de principios y de normas que respondían a otra lógica, a otras realidades y a otras posibilidades de acción”. Tafur Galvis Alvaro, Estudios de Derecho Público. Bogotá. Grupo Editorial Ibañez. 1997.p 390.*

8. *Conforme como lo indica el doctrinante Valencia Zea “El código Civil las clasifica en dos grupos: “Corporaciones” o “Asociaciones” y “Fundaciones de beneficencia pública” (art. 633. Párr. 2). Es la Clasificación de SAVIGNY y adoptada por la doctrina moderna”. Valencia Zea Arturo & Ortiz Monsalve Alvaro. Derecho Civil-Tomo I- Personas. Bogotá, Temis. 2011.*

9. *Sentencia de la Sala Plena, ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo Gaceta Judicial, T. XLV, 10 de agosto de 1937 p. 213.*

de fines altruistas o de beneficio común” (Belalcázar Erazo & Riascos Narváez, 2011, pág. 19); pero, no sería sino mediante el Decreto 2150 de 1995 que se incluiría una regulación más próxima respecto de estas entidades. Ahora bien, dentro del género encontramos la especie, las corporaciones mixtas, entendidas como las de participación pública¹⁰ y privada. Dentro de la legislación colombiana¹¹ tienen el primer vestigio normativo en la reforma constitucional de 1968 que a su vez fue desarrollada en los Decretos 150 de 1968 y 3130 del mismo año, sin embargo no sería sino hasta el Decreto 130 de 1976¹², en especial en el artículo 6,¹³ en donde

10. En relación con si existe algún tipo de restricción en relación a la categoría de entidad pública asociada, se manifiesta lo siguiente, refiriéndose al texto del artículo 96 de la Ley 489 de 1998: “De la fórmula empleada por la disposición para determinar los sujetos aptos para asociarse en esta modalidad mixta se infiere la voluntad del legislador de extender hasta los más amplios confines dicha habilitación. Es claro que la expresión “entidades estatales” no tiene en este contexto la connotación restringida que le confiere la Ley 80 de 1993, y debe entenderse por el contrario alusiva a cualquier persona jurídica que, en mérito de su origen de ley, ordenanza o acuerdo, a la naturaleza pública de los órganos y entes que la gobiernan, pueda tener la condición de entidad estatal, sin consideración al régimen jurídico que las gobierne”. Rodríguez Navas, Jaime. *Entidades descentralizadas Indirectas: Sociedades, Asociaciones, Cooperativas y Fundaciones Públicas y Mixtas*. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 2006. p. 101. Agregaríamos al autor, un punto que pasa por alto y es que existiría una limitante en la participación estatal dado por el grado de autonomía del ente público pues si no goza de personería jurídica ni de independencia mal podría, participar en la creación de una entidad como las que ocupa nuestra atención.

11. Como referencia histórica sobre el particular el maestro Tafur Galvis, en un estudio de las primeras normas que dieron origen a este tipo de corporaciones, al respecto indica: “por vía general en el derecho positivo se han regulado las instituciones de utilidad común primordialmente en el Decreto 685 de 1934, la Ley 93 de 1938, el Decreto-Ley 3130 de 1968 y en el Decreto 054 de 1974”. Tafur Galvis Álvaro. *Las Personas Jurídicas Privadas sin ánimo de lucro y el Estado*. Bogotá. Ediciones Rosaristas. Colección de Estudios. 1986. p. 34.

12. Sobre el Decreto se expresa: “En el Decreto 130 de 1976 es notorio el planteamiento de utilizar las figuras y formas del derecho privado cuando se trata de fenómenos en que participan entes estatales, si en su naturaleza con similares a los regulados por aquellas. Pero teniendo en cuenta que la participación del Estado y de los entes públicos ha de traer necesariamente una forma pública del derecho privado, el decreto establece normas especiales que permitan la utilización de figuras y formas jurídicas privadas por el Estado, pero sin que se desconozca la esencia de aquellas, ni la naturaleza de este. Se pretende una integración de regímenes y formas jurídicas para hacer posible la acción del Estado en concordancia con sus nuevos y crecientes deberes”. Tafur Galvis Álvaro, *Las Entidades Descentralizadas*, Medellín, Talleres gráficos Montoya y Araújo. 1984. p. 215.

13. Decreto 130 de 1976 Artículo 6 “Las corporaciones y fundaciones de participación mixta. Sin perjuicio de lo que normas especiales tengan establecido para algunas de ellas, las personas jurídicas que se crean para fines de interés público o social, sin ánimo de lucro, con recursos o participación de entidades públicas y de particulares, se someterán a las normas previstas para las corporaciones o fundaciones, según el caso, en el Código Civil y demás disposiciones pertinentes”.

con mayor auge se estableció la posibilidad de asociación entre públicos y privados para la creación de este tipo de entidades sin ánimo de lucro, en búsqueda de la satisfacción del interés público o social. El asociado público, entiéndase como el Estado, en vigencia de la citada norma, tenía la facultad de asignar recursos del tesoro público para realizar los aportes de constitución de la corporación y además podría destinar partidas para su sostenimiento. En relación con su regulación, para la época, sea afirmaba que “no están sujetas a las normas relativas a la tutela gubernamental y por ello en sus estatutos no se requiere de determinación acerca de la pertenencia de esas personas jurídicas a un orden o nivel administrativo dado” (Tafur Galvis, 1986, pág. 134), no obstante su usanza, en vigencia de la Constitución Política de 1991, el artículo 6 del Decreto 130 de 1976 pasaría por el rasero de la constitucionalidad y mediante pronunciamiento jurisprudencial (CConst, C—372/1994, V. Naranjo) sería declarado inexecutable, en atención a lo establecido en el inciso 1 del artículo 355 de la Constitución Política donde se prohibió este tipo de aportes a las corporaciones mixtas, por su presunta relación con temas de corrupción. Así las cosas se observa, que antes de la declaratoria de inexecutable, el Estado participaba económicamente con aportes en dinero, para la constitución de estas entidades, no obstante la figura fue aprovechada en un sentido mal sano, llevándola a su prohibición.¹⁴

Pese a la sentencia de inexecutable, la institución de la corporación¹⁵, en su especie mixta fue retomada por el artículo 2 del Decreto 393 de 1991 y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, allí se establece que las entidades públicas pueden asociarse¹⁶ con entidades privadas para

14. Al respecto se indica: “Las prohibiciones constitucionales contenidas en el artículo 136, numeral 4º, y el artículo 355 introdujeron un importante cambio en el panorama de las entidades de utilidad común que por muchos años dependieron en cerca de un cuarenta por 100 de los auxilios parlamentarios” Jaramillo Díaz Juan Carlos. *Entidades Sin Ánimo de Lucro, Características y Aplicaciones del Régimen Tributario*. Bogotá. Legis sexta edición. 2014. p. 6.

15. Considerando la relación de la actividad misma de estas entidades y el Estado, el tratadista Tafur Galvis, parece encontrar la razón por la cual el modelo privatista logra llamar la atención de lo público, sobre el particular indica “La ausencia de ánimo de lucro y la satisfacción del interés público, que en ocasiones persiguen estas personas jurídicas, las acerca al ámbito de las finalidades y de las actuaciones propias del Estado”. Tafur Galvis Álvaro, *Las Personas Jurídicas Privadas sin ánimo de lucro y el Estado*. Bogotá. Ediciones Rosaristas. Colección de Estudios. 1986. p. 3

16. En relación al particular se indica: “El artículo 38 de la

la creación de personas jurídicas¹⁷ sin ánimo de lucro¹⁸; las cuales se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común¹⁹, en esta última norma se estableció de forma adicional en el texto del artículo 96 requisitos muy precisos para su constitución, en atención a la participación pública que ya empieza, por esta vía, a crear una diferencia con las corporaciones netamente privadas, en especial en relación a su patrimonio.

En todo caso, sea privada o mixta, la finalidad determinada en su constitución no puede ser con fines de lucro²⁰, — circunstancia distintiva con las sociedades comerciales— así las cosas, se acude a la figura del derecho privado, “corporación”, para la consecución de un cometido de beneficio común²¹. Como lo indica la norma, son entidades

sin ánimo de lucro²², y por tanto ninguna de las entidades que la conforman — así tengan naturaleza pública —reciben beneficio directo, tales como utilidades, rentabilidad o dividendos²³, de la actividad social que adelantan. El Estado bajo la creación de las corporaciones mixtas explora una nueva forma de cumplir sus objetivos²⁴, sin embargo estas entidades deben garantizarse con su operación su supervivencia, pues así tenga dentro de sus fundadores alguna entidad estatal, estos no pueden destinar partidas presupuestales para su sostenimiento en atención a la prohibición constitucional establecida en el artículo 355 de la C.P. Como ya se anunció, las corporaciones²⁵ desde su concepción del derecho privado, una vez constituidas son entidades emancipadas de sus socios, así se permite independencia en su actuación, esto con el fin de poder realizar su finalidad, sin que se presente favorecimientos particulares para sus socios, característica que además se extiende sobre el patrimonio de la misma. No obstante, y en el caso de las corporaciones mixtas, la interpretación realizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-671 de 1999 frente al artículo 95 de la Ley 489 de 1998, normatividad que regula la asociación entre

Constitución Política garantiza el derecho a la libre asociación para el desarrollo de las diversas actividades que las personas en general se propongan realizar, bien en beneficio particular mediante la conformación de entidades con ánimo de lucro o en actividades que tengan el propósito de beneficiar a la comunidad procediendo a la creación de entidades sin ánimo de lucro. Roa Pérez, María del Pilar. *Contabilidad Tributaria para ESAL*. Medellín. Centro Internacional Jurídico y Financiero. 2011. p.19.

17. Sobre el particular tenemos “la consideración jurídica en la actualidad sobre “el realismo de los sujetos”; los derechos humanos, los derechos fundamentales, los derechos corporativos, el desarrollo de la personalidad, etc (...) también se le ha reconocido “personalidad” a las distintas clases de corporaciones (tanto las individuales como las grupales o agregadas, como las compañías públicas y privadas”. Lafont Pianetta, Pedro. *Manual de Derecho Privado Contemporáneo*. Bogotá. Ediciones del Profesional Ltda. Primera edición. 2006. pp.139-140.

18. Con la unión de los esfuerzos públicos y privados para la creación de un tercero sin ánimo de lucro podríamos estar en presencia de la unión de tres sectores de la sociedad, frase acuñada en la doctrina extranjera sobre el particular tenemos: “La sociedad ha sido categorizada en tres grandes sectores: primer sector, público-estatal; segundo sector, productivo-empresarial; tercer sector, el integrado por la organizaciones no gubernamentales (entidades civiles de bien público sin fines de lucro). Cahian Antonio. *Las Asociaciones Civiles en la República Argentina*. op.cit, p. 51.

19. Otro ejemplo de tipo asociativo entre entidades públicas y privadas, pero esta vez con ánimo de lucro, son las sociedades de economía mixta reguladas en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998.

20. En relación a lo expuesto y respecto del ánimo de lucro tenemos lo siguiente: “si bien en principio los sujetos sin ánimo de lucro no se dedican de forma continua a actividades pertenecientes a los sectores de la economía en los que normalmente participan los empresarios comerciales, no riñe con su naturaleza y finalidad que emprendan labores productivas o lucrativas que les reporten ganancias apreciables en dinero, compitiendo incluso con los comerciantes en el mismo mercado. Castro de Cifuentes, Marcela. *Derecho Comercial. Actos de Comercio. Comerciantes, Empresas y Empresarios*. op.cit, p. 274.

21. En lo que atiene a este punto se tiene lo siguiente: “Así pues, las personas jurídicas sin ánimo de lucro, incluidas las pertenecientes al sector solidario, son empresario en sentido constitucional amplio, porque pueden desarrollar actividades productivas que contribuyen al desarrollo económico del país;

sin embargo, no son, stricto sensu, empresarios mercantiles, pues no tienen el ánimo de lucro, elemento esencial para adquirir la condición de comerciantes con todas sus consecuencias” Castro de Cifuentes, Marcela. *Derecho Comercial. Actos de Comercio. Comerciantes, Empresas y Empresarios*. Bogotá. Uniandes. 2013. pp.276-277.

22. Se afirma el respecto y con relación a su sostenimiento: “Así las cosas, es viable que las entidades sin ánimo de lucro realicen actividades comerciales que les reporten rentabilidad y no por ello se les puede imputar ánimo de lucro”. Jaramillo Diaz Juan Carlos. *Entidades Sin Ánimo de Lucro, Características y Aplicaciones del Régimen Tributario*, op.cit p. 10

23. Respecto de estos términos: “Sobre el particular sea considerado que la rentabilidad y el lucro no son términos coextensivos. El lucro supone el incremento valorativo real en beneficio privado o individual, en tanto que la rentabilidad no implica siempre que el incremento lo sea en dicho beneficio sino con finalidades públicas o asociativas de utilidad común, obviamente sin llegar al extremo de desvirtuar la finalidad pública o social de la actividad y de las instituciones o asociaciones dedicadas a ellas” Jaramillo Diaz Juan Carlos. *Entidades Sin Ánimo de Lucro, Características y Aplicaciones del Régimen Tributario*. Bogotá. Legis sexta edición. 2014. P.14

24. Respecto del adecuado entendimiento del fin lucrativo se indica: “Finalmente debe destacarse que la ausencia de fin lucrativo no significa que la persona jurídica consuma indefectiblemente su patrimonio”. Tafur Galvis Alvaro, *Estudios de Derecho Público*, Bogotá. 1997. p. 381.

25. Sobre este término, se indica: “Cuando el Código Civil se refiere a las personas jurídicas y menciona para ello la expresión “corporaciones” ha de entenderse que el término en su acepción más amplia cubija tanto el concepto de “sociedad” (persona jurídica de carácter comercial), como el de “asociación”, en ambos casos considerando como criterio diferenciador la intención del reparto de utilidades” *Ibíd.*, p. 10.

entidades públicas, se extiende a las corporaciones mixtas consideradas en el artículo 96 de la misma Ley, generando serías implicaciones en su operación del día a día, desconociendo el artículo 637 del Código Civil pues bajo la concepción de un único patrimonio que ordena la norma, se genera una contradicción pues el patrimonio tendría que asumir un doble régimen en función de la naturaleza de los recursos que lo integren, a pesar de que una vez realizado el aporte fundacional, por así decirlo, existe tradición de la propiedad de los aportes de los asociados a la corporación, situación que se justifica revisar y analizar en relación a las consecuencias que esta duplicidad genera en la operación de estas corporaciones. Así las cosas, la investigación nos llevará a identificar el camino que deben seguir las corporaciones mixtas para acompañar las reglas del derecho civil y al mismo tiempo reglas y principios del derecho público, que siendo antagónicas deben conciliarse para la operatividad de la corporación mixta, contexto que nos lleva a revisar los siguientes interrogantes ¿Cómo puede una corporación integrada por aportes provenientes de recursos públicos, y privados operar, si debe manejarlos de una manera distinta entre sí cuando el patrimonio de la corporación es uno solo? ¿Esta duplicidad no iría en contravía misma de la naturaleza de la corporación respecto de su patrimonio, de acuerdo con las reglas de derecho privado fijadas en el artículo 637 del Código Civil?, cuestionamientos que serán abordados bajo el método descriptivo en un marco de lo cualitativo y analítico, desarrollado a través de la indagación hermenéutica respecto de los referentes teórico, histórico, jurisprudencial y normativo de la temática en mención, la que se muestra necesaria para abordar la problemática considerada. Para lograr el cometido, primero es necesario identificar claramente a las corporaciones mixtas dentro de nuestro ordenamiento legal, para luego en una segunda parte estudiar los aportes sociales de constitución de la corporación mixta, y en una tercera parte, se analizará lo relacionado con el patrimonio de la corporación mixta.

1. UNIÓN DE DOS ÁMBITOS DEL DERECHO: LAS CORPORACIONES MIXTAS

Las corporaciones mixtas, en la actualidad, están consagradas en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, rigiéndose por las normas del Código Civil, sin embargo, partiendo de su denominación y de su constitución, se genera una necesaria aplicación de normas de derecho público que termina

por afectar su patrimonio y la operatividad del mismo, mostrando la primera de las dificultades de la conciliación del binomio privado-público.

1.1 Un primer paso, su denominación

Las corporaciones mixtas, por vía jurisprudencial han tenido mayores desarrollos que por la senda de la legislación, tal vez allí comience las zonas grises de esta institución. En relación a la denominación, — diferente al nombre asociativo que pueden recibir,— en el derecho privado son corporaciones sin ningún otro apelativo, no obstante en derecho público tal fue el desarrollo de la figura por vía jurisprudencial, que a esta ESAL mixta se le conocería como entidades descentralizadas indirectas de segundo grado, es decir, la norma pública termina permeando su denominación, pues no se considera ajustado seguir llamándolas corporaciones mixtas²⁶, sino que bautizan la institución del derecho privado, con esta nueva denominación, sobre el particular indica Tafur Galvis, (Las Entidades Descentralizadas, 1984) “Pueden surgir entonces entidades que por la base y naturaleza asociativa o societaria aún se acomoden a un régimen, jurídico y organizativo inspirado en las normas privadas, pero con las adaptaciones que hace necesaria la condición de los entes que participan en su creación y el origen de los fondos que integran su patrimonio” (pág. 212), el doctrinante en cita muestra un reflejo de la irradiación pública, pues menciona que el funcionamiento de la institución privada debe hilar bajo la lógica de lo público, y para ello debe adaptar su estructura, lo que en su consideración, justifica tratar de encuadrar a la corporación mixta dentro de las entidades descentralizadas pero indirectas en atención a la participación privada, apreciación que se considera un tanto extraña a la misma naturaleza de la ESAL mixta, pues recordemos que una vez constituida es una entidad independiente de sus miembros que se rige por las normas del Código Civil, que para su funcionamiento normal no

26. Sobre el particular manifiesta el siguiente doctrinante: “Empero, como afirmamos, en ocasiones las entidades que surgen de la asociación o consorcios de organismos públicos, no pueden reducirse a esas categorías. Es necesario buscar otras formas jurídico-administrativas, que permitan plena proyección del fenómeno que genera la asociación de los entes públicos al participar dando nacimiento a nuevos organismos.” Tafur Galvis Álvaro, *Las Entidades Descentralizadas*, Medellín, Talleres gráficos Montoya y Araújo. 1984.p. 211.

requiere de ningún hilo conductor en lo público, pues es un ente soberano de sus socios.

La denominación dada por la jurisprudencia²⁷ de Entidades Descentralizadas Indirectas de segundo grado, tiene como efecto principal retirar de la figura su naturaleza privada para tratar de encasillarla en la estructura administrativa del Estado dando paso a varias situaciones, que en este escrito no serán abordadas al traspasar los límites propuestos, pero por mencionar está el régimen de sus administradores²⁸ régimen de sus empleados²⁹, o su posible participación dentro

27. En relación al punto se indica: "las asociaciones y fundaciones de participación mixta se las considera bajo la denominación genérica de entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado, y están sometidas al mismo régimen jurídico aplicable a las corporaciones y fundaciones privadas, esto es, a las prescripciones del código civil y demás normas complementarias" (...) "Las referidas corporaciones y fundaciones de participación mixta han sido reconocidas en nuestro derecho como entidades descentralizadas indirectas, es decir, constituyen modalidades de la descentralización por servicios" en SENTENCIA C-230 DE 1995.MP. ANTONIO BARRERA CARBONEL recogida por la SENTENCIA N° 76001-23-31-000-2008-01176-01 DE CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA, DE 5 DE FEBRERO DE 2015. CP. MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO. EN ESTE OTRO FALLO TAMBIÉN SE CONTINÚA CON ESTA DESIGNACIÓN SENTENCIA N° 11001-03-06-000-2013-00208-00(2146) DE CONSEJO DE ESTADO - SALA DE CONSULTA, DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2013 WILLIAM ZAMBRANO CETINA. "Además, la creación de entidades descentralizadas indirectas por la asociación de entidades públicas y personas jurídicas de derecho privado, tiene unas exigencias particulares, como el hecho de contar con autorización legal y que el acto constitutivo regule de manera clara y precisa aspectos como los compromisos y aportes de las partes para la constitución de la nueva persona jurídica, su participación futura en el sostenimiento de la misma, etc. (artículo 96 de la ley 489 de 1998)".

28. Respecto de la doble calificación de los directivos (como administradores y servidores públicos) de la ESAL mixta tenemos. "El encuadramiento de las corporaciones y fundaciones en la condición de entidades estatales y la calificación de sus directivos como servidores públicos, para los efectos indicados, no modifica ni la naturaleza de aquéllas ni la situación laboral particular de estos últimos con las referidas entidades porque unas y otros siguen sometidos al régimen de derecho privado que les es aplicable, pues, como ya se dijo la referida clasificación se consagró exclusivamente para fines del manejo, control y responsabilidad de la inversión de los recursos públicos mediante la contratación. Cuando los particulares manejan bienes o recursos públicos, es posible someterlos a un régimen jurídico especial, como es el concerniente a la contratación administrativa, para los efectos de la responsabilidad que pueda corresponderles por el indebido uso o disposición de dichos bienes con ocasión de las operaciones contractuales que realicen, en los aspectos disciplinario, penal y patrimonial". SENTENCIA C-230 DE 1995.MP. ANTONIO BARRERA CARBONELL

29. En relación con los empleados de estas Esal mixtas, se afirma: "Sus trabajadores, acorde con la disposición en cita-refiriéndose al artículo 96 de la Ley 489 de 1998- que somete a estas entidades a un régimen jurídico de derecho privado, son particulares que se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo y por las normas que como resultado de la autonomía privada convengan en sus contratos de trabajo" Rodríguez Navas, Jaime Enrique. Entidades descentralizadas Indirectas: Sociedades, Asociaciones, Cooperativas y Fundaciones Públicas y Mixtas.

de la estructura administrativa del Estado³⁰, sus sistemas de contratación, entre otros, y con ello se evidencia como se permea, la institución privada por obra y gracia del componente público.

1.2 Su constitución, de cara a la finalidad del asociado público

Revisado el asunto de su denominación como una muestra de lo que termina impactando a la institución del derecho privado y la correlativa afectación del patrimonio, es necesario revisar lo concerniente a la constitución de las corporaciones mixtas. Con la declaratoria de inexecutable del artículo 6 del Decreto 130 de 1976, en el año 1994, se generó un vacío normativo que solo sería abordado nuevamente hasta el año 1998, mediante la expedición de la Ley 489 de 1998³¹, en donde se reglamentaría lo concerniente al acto de constitución³².

Así sería como en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se regula, entre otros, la facultad legal para la creación de corporaciones y fundaciones con participación mixta y, como novedad para este tipo de instituciones, la norma en comento va más allá, pues en su inciso cuarto procede a reglar las principales partes y el alcance del contenido del acto de constitución. En efecto, sobre el particular se indica:

(...)En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que de origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

Bogotá. Editorial Doctrina y Ley. 2006. p.105.

30. En lo que atiende a su reagrupación con el Estado se manifiesta: "Naturaleza jurídica. Régimen jurídico y presupuestal aplicable. Las personas jurídicas que surjan en virtud de lo dispuesto en los artículos 95 y 96 de la ley 489 de 1998, forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público y en virtud de lo dispuesto en el artículo 50 ibídem, deben necesariamente adscribirse a un ente u organismo del nivel nacional o territorial, según lo determine el acto de creación; se regulan por el Código Civil en lo relativo a su constitución, organización, funcionamiento y procedimiento de transformación". SENTENCIA N° 11001-03-06-000-2006-00079-00 (1766) DE CONSEJO DE ESTADO - SALA DE CONSULTA, DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2006. FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE.

31. 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

32. Aunque el artículo 2 del Decreto 393 de 1991, también regula lo relacionado con las Corporaciones mixtas, en dicha reglamentación no se regula ningún aspecto relacionado con el acto de constitución.

- 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 (...)

El acto de constitución de la ESAL recoge la voluntad de los asociados en su conformación, también aspectos relacionados con su naturaleza, objeto, patrimonio, aportes, administración, entre otros aspectos³³ de acuerdo con Torrente & Bustamante, (1998), citado por Jaramillo Díaz (2012), “La declaración de constituir una entidad sin ánimo de lucro puede hacerse a través de la denominada “asamblea de constitución” que consiste en la reunión de dos o más personas que manifiestan su voluntad constituyente” (pág 28)³⁴.

Ahora bien, revisando el contenido del artículo 96 de la Ley 489 de 1998— corporación mixta.— en comparación con el texto del artículo 40 del Decreto 2150 de 1995.— corporación privada.— se observa que en la primera norma, se mencionan apartados propios de cualquier acto de constitución, lo que en definitiva llama la atención es que la norma en el acto de constitución de la corporación mixta, se establecen directrices especiales, por no decir adicionales, que son obligatorias al momento de la creación³⁵, por ser del resorte del presente

33. Véase el artículo 40 del Decreto 2150 de 1995.

34. Es de agregar que su constitución, podrá hacerse mediante documento privado o mediante escritura pública y esto dependerá de aspectos particulares de cada caso en especial.

35. Como ejemplo de lo expuesto, tenemos el literal a) parece establecer que el objeto de la corporación mixta debe atender, además de lo que le corresponde en atención a su finalidad de creación, a cumplir con los objetivos, funciones y controles de las entidades públicas participantes, es decir, deben diseñar el desarrollo del objeto social en perspectiva de la función pública de aquellas el punto a revisar en este escenario sería, en el caso en que sean varios los socios públicos, allí ¿cuál finalidad debe prevalecer?, como una respuesta, suponemos que por un fuero de atracción se impondrá la finalidad pública del aporte mayoritario público, sin embargo estará por definirse,

escrito enfocaremos nuestra atención en el literal b) previamente referido, al relacionarse con el patrimonio de la corporación.

Respecto del literal b) se afirma que los aportes iniciales al momento de establecerse en el acto de constitución deben estar en conexión a las disposiciones legales de las entidades públicas afectando el patrimonio mismo de la ESAL mixta, ya que restringe su autonomía, pues al determinar cuáles son los alcances tanto en el objeto como en los aportes, no existe una máxima libertad en su estipulación ya que estarán sujetos a factores del asociado público, esto nos muestra otra evidencia del fenómeno de irradiación de los miembros públicos en la ESAL mixta, que limitan la corporación, desconociendo el artículo 637 del Código Civil que reiteramos, marca una línea de independencia, en todo sentido, del patrimonio respecto de sus asociados.

Se considera que uno de los razonamientos que podría justificar tal decisión del legislador, al pronunciarse sobre los aportes y su forma de pago al momento de elaborar el acto de constitución de estas corporaciones mixtas, puede provenir del mandato fijado en la Carta, en su artículo 6³⁶ al decir, “los servidores públicos sólo pueden hacer aquello que les está permitido por la Constitución y las leyes respectivas, y de ello son responsables, a diferencia de los particulares, que pueden hacer todo aquello que la Constitución y la ley no les prohíba, principio encaminado a la protección de los intereses de los administrados” (CConst, C-893/2003, A. Sierra), en concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política, sin embargo se considera que tal disposición del acto de constitución desnaturaliza la institución de la corporación proveniente del derecho privado³⁷,

pues también podría pensarse que por decisión de los socios se tomará en consideración una unidad de finalidades públicas, o simplemente se seleccione cualquier otra.

36. Artículo 6 C.P. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

37. Similar a la condición de las sociedades de economía mixta ocurre en las Corporaciones mixtas, aunque en un régimen más definido para las primeras respecto de las segundas. En relación a la independencia, y a lo cual consideramos puede aplicarse a la Corporación tenemos: “Por esta circunstancia, el ente descentralizado se “emancipa” de la personalidad de la Nación, o de los departamentos y municipios, de tal suerte que, como nuevo sujeto jurídico, es titular de sus propios derechos y responsable de sus propias obligaciones, de manera autónoma. (...) por esta razón puede afirmarse que la independencia patrimonial de esta clase de entidades descentralizadas no resulta una característica

pues los aportes que conforman el patrimonio cuyo origen sea público, estarán sujetos a normas presupuestales y fiscales públicas, que terminan por afectar la unidad del patrimonio.

2. APORTES SOCIALES DE LA CORPORACIÓN MIXTA

La denominación herencia de su co-creador público, en relación a los aportes, parece generar inconvenientes en el ejercicio práctico del día a día de las corporaciones mixtas. Al recibir las ESALES mixtas la denominación de entidades descentralizadas indirectas, se genera una confusión en relación al tema de los recursos y por consiguiente de su patrimonio, pues si partimos del término "entidad descentralizada"³⁸ hace alusión a la estructura y organización del Estado y por tanto al pertenecerle a este debería mantenerlas en su operación, pero si partimos de lo que son, esto es, una entidad sin ánimo de lucro sujeta al Código Civil, llegamos a la conclusión que a las voces del artículo 637 su patrimonio es independiente y les corresponderá a ellas mismas buscar las formas de autofinanciar su operación. Sin lugar a dudas, la necesidad de contar con un patrimonio independiente que pueda ser transformado en liquidez para la operación, es tan primordial como lograr nacer a la vida jurídica, pues de lo contrario, se nacería, pero muerto.

En este acápite se centrará la atención en los aportes dados por los socios al momento de la constitución en donde también se observa una irradiación de la norma pública sobre la corporación mixta, que afecta el patrimonio de la misma.

2.1 Partimos del concepto, aporte

Como bien lo afirma Narváez García, (2002) "Aportar significa contraer la obligación de dar o de hacer en una sociedad; *aporte*, en términos generales, es toda prestación de algo que tenga

esencial de ellas, sino una clara consecuencia de su condición de persona jurídicas autónomas. Martínez Neira Néstor Humberto. *Catedra de Derecho Contractual Societario. Regulación Comercial y Bursátil. De los Actos y Contratos Societarios.* Buenos Aires. Abeledo Perrot S.A. 2010.p.630.

38. "En el nivel nacional, esos organismos y entidades deben ser creados por la ley o autorizados por ella, según lo ordena el artículo 49 de la Ley citada 489. La Ley de creación o de autorización debe determinar sus objetivos su estructura orgánica y el soporte presupuestal de acuerdo con los lineamientos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público". SENTENCIA N° 11001-03-06-000-2007-00043-00 (1829) DE CONSEJO DE ESTADO - SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, DE 20 DE JUNIO DE 2007. MP ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

valor de uso y valor de cambio, dado o hecho por los asociados de una compañía; y *pagar el aporte* es entregarlo en el lugar, forma y tiempo espitulados" (pág 108), así las cosas y hasta que no se cumpla la obligación establecida en el acto de constitución de la corporación, "El asociado, por su parte, es deudor de aquello respecto de lo cual se ha comprometido" (Reyes Villamizar, 2009, pág. 278)³⁹

"La aportación significa la obligación que contrae cada uno de los socios respecto de los demás y a favor del fondo social" (Martínez Neira, 2010, pág. 89)⁴⁰, podría indicarse que estos son de tal importancia que en parte definen el grado de éxito de la corporación ya que sin estos recursos no es posible disponer del andamiaje propio de la operación⁴¹.

Y es que el tema de los aportes no solo reviste importancia en lo económico, sino que además tiene transcendencia para efectos de la constitución y su personificación, así lo indica el doctrinante Cahian (2004) "para que una entidad pueda ser reconocida como persona jurídica debe acreditar que posee un patrimonio institucional" (pág 91). En el caso que nos ocupa, este patrimonio está formado entre otros, por los

39. *Respecto de conminar al asociado incumplido en la satisfacción del aporte, consideramos que al no existir norma especial sobre el particular puede aplicarse lo que recomienda Reyes Villamizar para sociedades comerciales, al respecto indica: "Se trata ciertamente de un vínculo jurídico en que la posición activa del crédito se encuentra a tal punto radicada en cabeza de la sociedad que puede hacerla valer por los medios coactivos generales o mediante la aplicación de los expedientes específicos de ejecución previsto en el régimen societario cuando no se paga el aporte". Reyes Villamizar Francisco. Derecho Societario Tomo II. Bogotá. Temis. 2009 p 278.*

40. *Sobre el particular se indica: "El aporte consistente en la obligación de dar, hacer o no hacer, es el objeto de la aportación misma. Hecha esta digresión resulta útil puntualizar que el elemento esencial del contrato de sociedad consistente estrictamente en la aportación, más no en el aporte social, es decir, para que se repute existente el contrato de sociedad basta que los asociados se obliguen hacer un aporte". Martínez Neira Néstor Humberto. Catedra de Derecho Contractual Societario. Regulación Comercial y Bursátil. De los Actos y Contratos Societarios. Op.cit. p.89.*

41. *Como un punto de divergencia con nuestro régimen, indican los autores mexicanos, lo siguiente: "No se habla, en el caso, de un capital social, y ni siquiera es necesaria la existencia de bienes materiales para la existencia de una asociación, ya que sus fines pueden ser cumplidos mediante el esfuerzo de sus integrantes, sin dar lugar a la realización de aportaciones en número o en otros bienes". Domínguez Osorio Jaime & Reséndiz Núñez Cuauhtemoc. Sociedades y Asociaciones Civiles. México DF. Ediciones Fiscales ISEF. 2012. P. 41. http://app.vlex.com.ez.urosario.edu.co/#WW/vid/427636954/graphical_version. (15.06.2015).*

aportes sociales que realizan las asociaciones que fundarán la corporación⁴².

Los aportes de constitución⁴³ de las corporaciones privadas son mediante cuotas, en palabras de Belalcazar Erazo & Riascos Narváez, (2011) “los medios económicos de una corporación pueden consistir en cuotas de ingreso o de incorporación ordinarias o extraordinarias, debiendo fijarse en la Asamblea General ordinaria de socios (...) en los estatutos de la corporación deberá señalarse el valor mínimo y máximo de estas cuotas, pudiendo ser expresados en una unidad económica”. (pág 22).

En relación a los aportes dados a la corporación mixta, para su constitución, tenemos que estos pueden ser en dinero o en especie, frente a los primeros, los realizados por las entidades privadas no presentan mayor dificultad ya que los procedimientos para su entrega dependen de su autonomía, no les está prohibido disponer de sus bienes para honrar sus compromisos con la corporación, pero a los asociados públicos sí se les presenta dificultades que se plantean.

Previo a identificar la situación diferencial de cara a las entidades públicas, es necesario revisar los conceptos generales de aportes en dinero y en especie para darnos una luz, advirtiendo desde ya que no es objeto de este aparte del escrito, realizar un estudio a profundidad sobre los conceptos anunciados.

42. Se manifiesta por la doctrina de sociedades aplicable también en este aspecto a nuestro tema: “Vimos cómo uno de los elementos esenciales del contrato de sociedad consiste en el aporte de cada uno de sus socios, la contribución que cada uno de ellos presta para la obtención de los fines perseguidos con la celebración del contrato. También se anotó como una de las consecuencias del reconocimiento de la personería jurídica de la sociedad es la de que esta tenga un patrimonio, social y autónomo, distinto del patrimonio social de los socios. Los bienes que los socios aportan a la sociedad salen de su patrimonio personal y entran a formar parte del patrimonio social. Se consuma una enajenación. Esos bienes ingresan con una destinación o finalidad específica desde el momento mismo que los socios hacen su aporte para la explotación de un negocio determinado”. Neira Archila, Luis Carlos. *Apuntaciones Generales al Derecho de Sociedades*. Bogotá. Temis. 2006. p.57

43. Sobre el monto de los aportes para la constitución de las ESAL, como comentario al artículo 40 del Decreto 2195 de 1995 se indica: “Obsérvese que la ley no estableció un monto mínimo o máximo de los aportes o del patrimonio para la constitución de una ESAL. Esto con excepción de la normatividad especial, que establece un monto mínimo para el caso de las cooperativas dedicadas al ahorro y crédito, y para las fundaciones o corporaciones universitarias, exigido a efecto de brindar seguridad sobre la actividad financiera y para asegurar la calidad y continuidad en la prestación del servicio público de educación superior” Belalcazar Erazo Edison Andres & Riascos Narváez Luis Hernando. *Derecho de las Persona Jurídicas sin ánimo de lucro*. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá, 2011, pág. 22x

Respecto de los aportes en dinero, recogiendo las palabras, que sobre el particular nos trae el doctrinante Reyes Villamizar, (2009) se tiene lo siguiente: “se trata como es natural del compromiso de realizar una prestación de dar, consistente en pagar cierta suma de dinero. La obligación se perfecciona con la entrega material del dinero a la sociedad en la fecha convenida” (pág 281). En lo que atiende a los aportes en especie⁴⁴, tenemos que estos son aquellos diferentes al dinero que pueden ser bienes de naturaleza corporal o incorporeal, pero tienen como requisito, la posibilidad de que estos puedan ser susceptibles de ser evaluados. (Peña Nossa, 2011, pág. 84). Bajo este esquema ofrecido por los doctrinantes se pasa a considerarlos en la figura de las corporaciones mixtas.

2.2. La prohibición define el aporte.

Enunciados los aportes y la relevancia de su pago, desde ya debemos hacer la claridad, que éstos en las corporaciones mixtas, lo que faculta es al ejercicio llano de los derechos jurídicos y no económicos.⁴⁵ Esto es así en la medida en que al ser ESAL no se reparten ningún tipo de utilidades entre sus asociados.

En relación con las entidades públicas asociadas, estas presentan algunas restricciones para adelantar los aportes en la constitución de la ESAL, en efecto, al traer a colación nuevamente el literal b) del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, se indica que los aportes realizados por las entidades públicas deben ser conforme a su misma normatividad por su naturaleza, esta advertencia que realiza la norma, se considera que viene en estricta relación con la prohibición contenida en el artículo 355 de la C.P. en la cual se indica que no es permitido a ninguna entidad estatal realizar ningún tipo de auxilio o donación a entidades privadas⁴⁶. Esta negativa del

44. Para el doctrinante Narváez García los aportes en especie “trata de bienes corporales o incorporales susceptibles de apropiación privada, que circulan en el mercado y son apreciables en dinero (...) y siguen las reglas generales de las obligaciones de dar, hacer y no hacer” Narváez García, José Ignacio. *Derecho Mercantil Colombiano. Volumen III. Teoría General de las Sociedades*. Bogotá. Legis Novena Edición. 2002. pág 114

45. En relación a este punto por parte del doctrinante Narváez, se indica: “En un amplio espectro – más económico que jurídico- la aportación comprende las prestaciones efectuadas a la compañía a trueque de la atribución de derechos sociales. Siempre es presupuesto fundamental de la condición o estado de socio. Pero en sentido jurídico la connotación de aporte es la prestación que hace el asociado para integrar el capital social”. *Ibid.*, p. 108.

46. En relación con la prohibición expuesta, doctrinariamente

apoyo estatal contó con la aquiescencia del Consejo de Estado⁴⁷, en donde se tilda de indispensable la adopción prohibitiva del constituyente, no obstante, como bien lo advierte Jaramillo Díaz, (2014) “si bien la prohibición, que se fundamenta en problemas de corrupción y de mal manejo de los fondos públicos, fue recibida con beneplácito, causó no pocos traumatismos mientras se reglamentaba y se modificaban figuras de aportes recibidos por instituciones de los sectores de salud y de educación principalmente”⁴⁸ (pág. 6).

Podría afirmarse, prima facie, en razón al lenguaje y el uso de las palabras, que una cosa es el *aporte* para constituir la ESAL, y otra diferente lo es un *auxilio o donación*⁴⁹ del cual se refiere

se indica una excepción a la misma, al respecto se expone. “Por último se anota la precaución que debe tener estas entidades en el ejercicio de su actividad para no decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas o de derecho privado, en los términos del artículo 355 de la Constitución. Esta prohibición claro está, no impide la ejecución de las políticas públicas, por ejemplo, en materia del otorgamiento de subsidios de crédito agropecuario, en desarrollo del artículo 66 de la Carta”. Martínez Neira Néstor Humberto. Catedra de Derecho Contractual Societario. Regulación Comercial y Bursátil. De los Actos y Contratos Societarios. Buenos Aires. 2010. p.638.

47. Véase concepto del Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. 22 de febrero 2001. Radicación No. 1330. Cp. Cesar Hoyos Salazar.

48. Jurisprudencia sobre excepciones a la prohibición del art. 355 de la Constitución Política en SENTENCIA Nº 11001-03-06-000-2013-00208-00(2146) DE CONSEJO DE ESTADO - SALA DE CONSULTA, DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2013. C.P. WILLIAM ZAMBRANO CETINA, EN ÉSTA SE CITAN A SU VEZ LAS SENTENCIAS C-506 DE 1994, SENTENCIA C-136 DE 1995, SENTENCIA C- 923 DE 2000. EN SENTENCIA C-1168 DE 2001 SE SEÑALÓ: “A PARTIR DE ESTOS, Y OTROS CASOS SIMILARES, LA CORTE HA ELABORADO UNA DOCTRINA CONSISTENTE Y REITERADA SOBRE EL ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE TRANSFERIR RECURSOS PÚBLICOS A PARTICULARES, SIN CONTRAPRESTACIÓN ALGUNA. ESTA CORPORACIÓN HA CONCLUIDO QUE DICHAS TRANSFERENCIAS SON UN AUXILIO Y SE ENCUENTRAN PROHIBIDAS, SALVO SI ESAS CESIONES GRATUITAS TIENEN SUSTENTO EN PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES, PUES EN TAL CASO “NO SE TRATA DE UNA DONACIÓN PROHIBIDA POR LA CARTA SINO, POR EL CONTRARIO, DEL CUMPLIMIENTO DE DEBERES CONSTITUCIONALES ATRIBUIDOS AL ESTADO”. ESTAS TRANSFERENCIAS DEBEN ENTONCES CONTAR CON UN «FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL EXPRESO», COMO OCURRE, POR EJEMPLO, CON LA «ACTIVIDAD DE FOMENTO DE LA INVESTIGACIÓN Y DE LA ACTIVIDAD CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA», TAL Y COMO LO PRECISÓ LA SENTENCIA C-506 DE 1994, MP, FABIO MORÓN DÍAZ. Y ESTE CRITERIO FUE REITERADO POR LA SENTENCIA C-671 DE 1999, MP ALFREDO BELTRÁN SIERRA, QUE RESUMIÓ LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 355 DE LA CARTA EN RELACIÓN CON LA TRANSFERENCIA DE RECURSOS PÚBLICOS A PARTICULARES.”

49. La palabra *auxilio* proviene del latín *auxilium*, significa ayuda, socorro, amparo, y la palabra *donación* que proviene del latín *donatio*, -ōnis, significa acción y efecto de donar, liberalidad de alguien que transmite gratuitamente algo que le pertenece a favor de otra persona que lo acepta. Consulta realizada <http://lema.rae.es/drae/?val=auxilio> (20.06.2015), sobre el particular

el inciso 2 el artículo 355 de la C.P., no obstante esta concepción de recoger el aporte dentro de la denominación *auxilio o donación* proviene de la sentencia de constitucionalidad C— 372 de 1994, que hablando de fundaciones se hizo extensivo a las corporaciones, pues este pronunciamiento estudia la constitucionalidad del artículo 6 sobre las ESALES MXTAS (corporaciones y fundaciones), en la mencionada sentencia se indica:

La asignación de un capital público a una fundación que cuente también con aportes privados, se enmarca dentro de los criterios de donación o auxilio sancionados por el artículo 355 superior; para la Corte esa liberalidad desconoce el espíritu del Constituyente por tratarse de una facultad sin control fiscal alguno. Pues una vez realizada la transacción económica por parte del Estado en favor de la fundación de capital mixto, ésta podrá disponer de esos bienes de conformidad con su libre albedrío y sin ningún tipo de observancia por parte de los entes fiscalizadores competentes. Tamaña facultad implica, ni más ni menos, abrir una puerta a espaldas de la Constitución Política para que se destinen los recursos del Estado a fines censurables que desconozcan de paso la vigencia del Estado social de derecho, la prevalencia del interés general y la búsqueda constante y necesaria de un orden social justo. (CConst, C—372/1994, V. Naranjo)

El punto sigue intacto. las entidades públicas no podrían hacer aportes de forma directa⁵⁰, pues el texto constitucional del inciso 2 del artículo 355⁵¹ solo indica un camino para la destinación de

véase sentencia C-324 del 13 de mayo de 2009 Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez, en donde se realiza un estudio frente a estos conceptos.

50. Sobre el particular en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, No. 1330 del 22 de febrero de 2001, el C.P. Cesar Hoyos Salazar, parece ofrecer una solución al respecto indica: “(...) la interpretación hecha por la Corte Constitucional en la referida sentencia No. C-372 de 1994, y en consecuencia no puede ser destinataria de un aporte a su patrimonio de manera gratuita por el gobierno nacional (...) la única forma sería la celebración de un contrato a título oneroso (...) que se enmarca dentro de los postulados del inciso 2 del artículo 355”.

51. Como una forma si se quiere novedosa de interpretación de la citada prohibición el doctrinante Tafur Galvis manifiesta “Pero la posibilidad de participación de entidades públicas y particulares en una asociación como las autorizadas en el Artículo 96 de la ley 489 de 1998, alude al “desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley”. Es decir, el referente axiológico no está constituido por las actividades de los particulares. - idea central del Artículo 355 de la Constitución – sino por los y las funciones que la ley asigna a las entidades públicas a las cuales habilita para participar con los

los recursos a nivel general que sería la celebración de contratos con dichas entidades⁵², pero en este orden de ideas no se ve muy claro entregar aportes vía contratación ya que la celebración de un contrato implicaría que sus recursos están en función de la ejecución de obligaciones y compromisos allí establecidos y no habría una forma de atarlos a los aportes comprometidos en el acto de constitución, desmejorando así el patrimonio social de la corporación, pues por esa vía pareciera que el aporte se reintegra al patrimonio del fundador- entidad estatal, a través de la prestación recibida, negando de esa forma, la utilidad al patrimonio de la ESAL.

La sombra de lo público nuevamente repercute en la forma tradicional de entrega de aportes para la constitución de la ESAL mixta, quedándole a la entidad pública, a nuestro modo de ver, solo una forma viable de hacer los aportes que constituirán el patrimonio social de la corporación, y es haciendo aportes en especie, situación que también podría llevarse a la discusión ya que tendrían la connotación de donación o auxilios que están prohibidos por el artículo 355 superior., es un tema que muestra muchas aristas para analizar.

Dejando de lado, el tipo de los aportes que las entidades estatales efectivamente pueden hacer, tenemos que una vez entregados los mismos, con estos se forma el patrimonio de la corporación mixta, al respecto Rodríguez Navas, (2006), manifiesta: “En lo referente al elemento patrimonial, su naturaleza no es ni pública ni privada sino mixta. Por razón de la naturaleza pública de aquella parte del capital aportado por entidades públicas, están sujetas al control fiscal y al mandato del artículo 267 constitucional” (pág. 102), con este desarrollo doctrinario se entiende la razón por la cual en el literal b) del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, se refería a la sujeción de la disposición fiscal, en atención a la naturaleza del aporte. Este control fiscal sobre la corporación mixta es otro ejemplo de la irradiación de las normas públicas en la asociación por virtud del aporte estatal que a pesar de cambiar de naturaleza al entregarse a la corporación, genera

particulares – personas jurídicas sin ánimo de lucro- en la creación de la nueva persona jurídica o en la celebración del contrato de asociación” Tafur Galvis Álvaro Constitución Política y Potestad Organizatoria. Bogotá. Grupo Editorial Ibañez. 2011. p 100

52. En la actualidad respecto de la contratación con entidades sin ánimo de lucro y ente estatal se rige en parte por lo establecido en el Decreto 92 de 2017.

una duplicidad en el patrimonio que no debería presentarse, pues es contraria a lo indicado en el artículo 637 del Código Civil que marca una clara vocación de unidad.⁵³

Aunque el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no se pronuncia respecto de la titularidad de los aportes en cabeza de los socios públicos cuando estos son entregados a la corporación, la lógica de la institución permite afirmar que una vez entregados hacen parte de la nueva entidad y por ende existe división de patrimonios⁵⁴, del asociado fundador respecto de la ESAL, lo que apenas resulta esencial en atención a la figura asociativa que exige este requisito para su creación o conformación.

Pero el gran interrogante que genera esta dualidad es que el patrimonio es uno solo y entonces, siendo así, como podría darse cabida a la idea de contar con recursos de diferentes fuentes que bajo la idea de la naturaleza del aporte reciben tratos disímiles, pues se indica que “En la medida en que por virtud de los aportes, iniciales y posteriores a la creación⁵⁵, la asociación gestiona recursos estatales habrá de estar sometida, al menos en cuanto a estos se refiere, al control fiscal” (Tafur Galvis A. , 2011, pág. 99), acompañar la dualidad va más allá del control fiscal, pues esto genera una limitación en la libre destinación de los mismos.

53. Para verificación histórica de estos puntos del control fiscal, se sugiere revisar la Sentencia C-065 de 1997 en donde la Corte Constitucional parece admitir que el Estado destine dinero para la formación de las Corporaciones como actuación constitutiva, sin que se contrarie el artículo 355 de la C.P., al respecto se indicó: “esta Corte considera que únicamente para efectos de este artículo, 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” de su lectura se presenta un juego de palabras que en últimas nos confirma el trato incoherente en relación al trato del aporte o participación estatal, ya que si se admite su control, a fortiori debe admitirse su aporte, porque de lo contrario sin participación estatal no hay control fiscal.

54. Al respecto el inc. 1 el artículo 637 del Código Civil, indica: “PATRIMONIO DE LA CORPORACION. Lo que pertenece a una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente, las deudas de una corporación no dan a nadie derecho para demandarlas en todo o parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación.”

55. La afirmación del autor “aportes posteriores a la creación” debe tomarse con beneficio de inventario, en atención a que tal como lo expresábamos en otro apartado del texto existe prohibición constitucional en el artículo 355 de entregar recursos públicos a las entidades privadas.

3. PATRIMONIO DE LA CORPORACION MIXTA

Por regla general, las corporaciones manejan su patrimonio como cualquier asociación privada, utilizando para sus negocios su autonomía bajo el principio de la libre destinación de sus bienes, independencia en sus sistemas de contratación, observando la legislación civil y la mercantil⁵⁶.

Revisada la figura desde el Ordenamiento jurídico Colombiano, en el país la colaboración entre entidades públicas y privadas sigue generándose, así es como se encuentra que muchas de estas corporaciones mixtas surgen a la vida jurídica, no obstante que su patrimonio podrá ser sujeto de una constante indefinición, lo que categóricamente pone en el limbo a este tipo de modelos asociativos.⁵⁷

3.1. Partimos del Concepto Patrimonio

Considerado inicialmente de estirpe económica, más que ello, es un soporte para el ejercicio de los derechos y a la vez garantía de terceros, es por ello que “el concepto de patrimonio alude a una facultad jurídica que la organización social le confiere a todo sujeto de Derecho para ser titular de bienes materiales y derechos avaluables en dinero y también para deberlos” (Medina Pabón, 2014, pág. 719). El patrimonio en las asociaciones permite ejercer el objetivo planteado en su acto de creación.

56. Con relación al punto, se expresa: “Es usual que los sujetos no comerciantes, entre ellos las personas jurídicas sin ánimo de lucro celebren actos de comercio de manera ocasional, eventos en los cuales se aplicará el derecho mercantil, al tener del artículo 11 del Código de Comercio”. Castro de Cifuentes, Marcela. *Derecho Comercial. Actos de Comercio. Comerciantes, Enpresas y Empresarios*. Bogotá. Uniandes. 2013. p 273.

57. Con la finalidad de verificar en el sector si en la actualidad, existen este tipo de Corporaciones mixtas, se adelantó una consulta en el Portal único de Contratación – Administrado por la Agencia Nacional de Contratación Pública.- Colombia Compra Eficiente- encontrando las siguientes entidades: a) Centro de Investigación y Desarrollo en Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – **CINTEL** corporación de derecho privado sin ánimo de lucro, de participación mixta, creada en el año de 1991. b) Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud- **IETS**, corporación sin ánimo de lucro de naturaleza mixta creada 2012 c) El Organismo Nacional De Acreditación De Colombia - **ONAC** es una corporación sin ánimo de lucro, de naturaleza y participación mixta, regida por el derecho privado, constituida en 2007 de acuerdo con las normas del Código Civil y las normas de ciencia y tecnología, bajo la modalidad de asociación entre el Estado colombiano y los particulares. d) Corporación de Alta Tecnología para la Defensa **COLDATEC**. es una corporación de naturaleza civil, de derecho privado y sin ánimo de lucro <https://www.contratos.gov.co/consultas/inicioConsulta.do> (07.05.2017).

Por su parte para el profesor Ternera, el patrimonio es “esfera jurídica de la persona, conformada por la totalidad de las situaciones y relaciones estimables en dinero. Su titular no tiene un derecho real o personal único; la persona tiene tantos derechos cuantas sean las relaciones comprendidas en el patrimonio” (Ternera Barrios, 2011, pág. 78), lo que más adelante indicará como patrimonio al conjunto conformado por derechos reales y personales (Ternera Barrios, 2011)

Al unísono la doctrina afirma que, al revisar el articulado del Código Civil, no se encuentra norma alguna que defina lo que debe entenderse por patrimonio, para el ordenamiento jurídico colombiano, sin embargo, se asevera que alguna referencia podría extractarse del artículo 2488 que toma como garantía de los acreedores los derechos y bienes de las personas. (Ternera Barrios, 2011).

Como todo en la ciencia jurídica, la doctrina confirma, que el concepto de patrimonio ha estado precedido de diferentes teorías que han buscado desentrañar su significado, así, y de forma sucinta pues se desbordaría la ruta fijada, se citará algunas teorías sobre el concepto de patrimonio. Comenzando por la teoría clásica proveniente de la doctrina francesa la cual toma como fundamento el Código de Napoleón, lo considera como atributo de la personalidad, referenciándolo como “el conjunto de derechos y Obligaciones apreciables en dinero que conforman una universalidad de derecho o jurídica (conjunto de activos y pasivos)” (Montoya Osorio & Montoya Pérez, 2010) concepto que cuenta dentro de sus pilares, principios como, a) que toda persona tiene un patrimonio, b) forman una única masa, c) su duración está atada a la del sujeto que la detenta y d) solamente las personas pueden ostentar el patrimonio y este es único (Ternera Barrios, 2011).

Valiéndose, entre otros, de las debilidades de la teoría clásica, surge la teoría objetiva o moderna basada en el Código Alemán de 1900, que dejando de lado el concepto de “conjunto de activos y pasivos”, funda el suyo en la posibilidad de “adquirir activos y pasivos” (Montoya Osorio & Montoya Pérez, 2010), así las cosas, Ternera (2011) afirma “Dentro de esta concepción el patrimonio se caracteriza por ser un conjunto de bienes afectados a destinaciones particulares”. Al igual que en la clásica se identifican como fundamentos de la teoría objetiva, a) que el

patrimonio no esté relacionado directamente con la persona, b) que el conjunto de bienes este concebido para una destinación definida, c) la posibilidad de su transmisión por acto entre vivos y d) la multiplicad de patrimonios en cabeza de una persona (Ternera Barrios, 2011)

Expuestas las teorías como referencias doctrinarias, es importante reseñar que, en términos generales, dentro de las características del patrimonio, se tiene su carácter de ser una masa indivisible, pues se sostiene que “por los modos de adquisición establecidos en la ley, un determinado elemento de interés de contenido económico ingresa y se integra jurídicamente al patrimonio de su propietario, y mientras no lo destruya o lo enajene, será su titular” (Medina Pabón, 2014, pág. 723), esto sin duda impacta todo el sistema económico y jurídico de las corporaciones mixtas, pues permite identificar titulares y responsables de todo aquello que pudiera ser prenda general de acreedores y en el ejercicio de sus derechos como persona jurídica, es una clara manifestación de la autonomía y la libre disposición, lo que en últimas se reduce en aquello que “le permite servirse de las cosas y apropiarse de los incrementos tanto naturales como civiles que producen sus bienes, junto con aquellas acciones accesorias que permiten el ejercicio directo de los derechos que contiene el patrimonio” (Medina Pabón, 2014, pág. 735)

Siendo ello así, y partiendo del concepto de patrimonio y de su unidad e indivisibilidad de cara a la pretendida “libre disposición”, encontramos que en las corporaciones mixtas es un poco problemático hablar de una anhelada unidad de todo aquello que conforma su patrimonio pues, el origen del recurso público por el asociado estatal hace que éstos tengan un trato diferenciado que poco a poco diluye el concepto de patrimonio del derecho privado, por el cual debería regirse estas corporaciones, pues así lo manda el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

3.2. El patrimonio sigue la suerte del asociado público

Decantadas las ideas principales, sobre la corporación mixta y sus aportes, es del caso retornar a la fuente normativa que regula lo concerniente a su patrimonio, como ya hemos mencionado que el texto del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, hace remisión expresa a las disposiciones del Código

Civil, tenemos que sobre el particular es el inciso 1 del artículo 637 que marca el derrotero a seguir, donde se señala lo siguiente:

ARTICULO 637. PATRIMONIO DE LA CORPORACION. Lo que pertenece a una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente, las deudas de una corporación no dan a nadie derecho para demandarlas en todo o parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación.

De la norma en mención bien se puede concluir, que todo aquello que conforma el patrimonio de la corporación pierde su vínculo con los asociados, existe independencia total de ellos y por ende se regirá y se dispondrá del mismo siguiendo la autonomía de la corporación y las normas que la regulan y no de los individuos que la componen, con ello se destaca la vocación de la unidad del patrimonio, postura que también es asumida por la doctrina al indicar que “produce consecuencias jurídicas más allá del círculo patrimonial de cada uno de los asociados, puesto que se dirige a la creación de un nuevo sujeto de derecho” (Tafur Galvis A. , Las Personas Jurídicas Privadas sin ánimo de lucro y el Estado., 1986).

Partiendo de lo anterior, y si el mismo artículo 96 de la Ley 489 de 1998, realiza remisión normativa al Código Civil y en él ya se encuentra regulado lo relacionado con el patrimonio, de ¿ dónde vendrían las razones para considerar una dualidad en el patrimonio de la corporación mixta en atención a la fuente de los recursos que la conforman?, este interrogante parece contestarse en el pronunciamiento jurisprudencial (CConst.,C-671/99, A Beltrán) que haciendo el estudio de la constitucionalidad del régimen de regulación de las entidades creadas bajo el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, es decir, asociación de entidades públicas, en el contexto de la sentencia parece extender su interpretación a las corporaciones mixta del artículo 96 de la misma ley, sobre este sentido en el pronunciamiento se afirma:

“En consecuencia, la disposición en estudio sólo podrá considerarse ajustada a las normas superiores cuando la asociación surgida se sujete al mismo régimen que, en consonancia con la naturaleza de las entidades

participantes y el régimen propio de función administrativa o de servicio público a su cargo hubiere señalado la ley de creación o autorización de éstas.

Además, en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias.

Así las cosas, la disposición acusada será declarada exequible bajo la consideración de que las características de persona jurídica sin ánimo de lucro y la sujeción al derecho civil se entienden sin perjuicio de los principios y reglas especiales propios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución, que para el derecho civil y normas complementarias no resultan de aplicación estricta e imperativa”.

Con ello se observa que el pronunciamiento jurisprudencial, permitió la supervivencia de los artículos 95 y 96 de la Ley 489 de 1998, de forma condicionada, siempre y cuando las normas del derecho civil sean moduladas por los principios de la función administrativa, que en últimas trae consecuencias en la operatividad de las corporaciones mixtas, en especial en el asunto del patrimonio, situación que fue advertida en el mismo fallo, en posición disidente:

Me parece que el objeto de las personas jurídicas en mención no es otro que la asociación entre personas públicas para el cumplimiento de funciones públicas, por lo cual no puedo entender, a la luz de la Carta Política, qué sentido tiene someterlas al régimen del Código Civil, sustrayéndolas de las reglas del Derecho Público. El condicionamiento plasmado en el Fallo, que aparece en su parte resolutive, no ha debido acompañar una decisión de exequibilidad. Lo que allí se dice y lo expuesto sobre el particular en la parte motiva han debido llevar a una sentencia de inconstitucionalidad. Ello habría sido más claro y contundente. Y habría evitado las innecesarias confusiones que, en la práctica, se van a ocasionar. Por las mismas razones y en el mismo sentido, me aparto de la decisión de declarar exequible el artículo 96 demandado. [cursivas propias] (CConst.,C-671/99, salvamento de voto / J. Hernández).

Respecto de la afirmación “habría evitado las innecesarias confusiones que, en la práctica, se

van a ocasionar” (CConst.,C-671/99, salvamento de voto / J. Hernández), cerca de dieciocho años después de emitido el fallo, la premonición del magistrado hoy en día es palpable y real, viendo el control fiscal y la restricción en su destinación al cual están siendo sujetos los recursos de origen público pero de naturaleza privada, que afectan el patrimonio de la corporación.

Ya se había afirmado que una vez los aportes eran entregados a la corporación mixta estos asumían la naturaleza privada de la entidad -que es regulada por el Código Civil-, pues ya hacen parte de su patrimonio social, sin embargo frente a los aportes públicos estos deben ser fiscalizados pues están afectos a las orientaciones del aportante, (C.E. Sala de Consulta y Servicio Civil, 12 Sep 2013 W. ZAMBRANO), lo anterior genera una ruptura del patrimonio que se expresa en la forma como se asigna la libre destinación, pues los aportes que están sujetos al control fiscal tienen serias restricciones en su inversión y/o utilización, debiendo presentar informes de éstos a la Contraloría General de la República (art. 267 CN), llevando en la práctica a que muchas corporaciones mixtas tengan normas independientes frente a los aportes privados y los aportes públicos, tales como cuentas bancarias diferentes para el manejo de los recursos, disminución de sus garantías frente a terceros, aplicación de normatividad fiscal y contable de origen público, generando en la práctica el reconsiderar si en efecto, las corporaciones mixtas tiene o no patrimonio autónomo, pues se observa que, en este caso, al no ser imperativas las normas del Código civil al verse moduladas por los principios de la función administrativa, en últimas lo que se desconoce es la unidad y la libre disposición del patrimonio, condición que es connatural a la corporación del derecho civil.

CONCLUSIONES

Aunque las corporaciones mixtas no son las ESALES típicas, no es posible desconocer su existencia y su vigencia, como vimos, son muestra de ello, CORPOICA, IETS, CINTEL y ONAC.

Recordemos que el cuestionamiento que nos trajo a este punto, fue el constatar el manejo del patrimonio de las corporaciones mixtas, encontrando con ello que existen diferencias muy marcadas en los regímenes público y privado que hacen que surjan zonas grises en la

operación de estas corporaciones, creando nuevos interrogantes a los planteados inicialmente.

Como muestra de la dualidad, se comenzó por identificar cómo la denominación de las corporaciones mixtas se ve trastocada hacia el concepto administrativista de organización de la estructura estatal, encuadrándola como una entidad descentralizada indirecta, denominación admitida y desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia del derecho público, situación que *per se* va en contra de la institución misma, pues recordemos “Las personas jurídicas que se creen para fines de interés público o social, sin ánimo de lucro, y con participación de capital estatal y privado, son personas de derecho privado para efectos del artículo 355 de la Carta Política” y para que no haya duda sobre el particular, en la sentencia C-372 de 1994 que declara la inexecutable del artículo 6 del Decreto 130 de 1976 se afirma “debe advertirse que cuando esta norma se refiere a ‘personas naturales o jurídicas de derecho privado’, no señala que se atienda a la estructura de la persona jurídica en sí, sino al régimen jurídico aplicable, por eso dice: ‘de derecho privado’, manifestando con ello la normatividad a la que se deben someter” (CConst, C—372/1994, V. Naranjo), y por tanto aceptar que son personas jurídicas de derecho público categorizadas por pronunciamiento reciente (C.E. Sala de Consulta y Servicio Civil, 9 jul 2015 G. BULA), crearía un boquete para permitir que estas si sean beneficiarias de recursos públicos, yendo en contravía de la prohibición del artículo 355 constitucional y de línea jurisprudencial desarrollada sobre el particular.

Así mismo, las corporaciones en el derecho civil, reciben los aportes fundacionales sin que exista contraprestación lo cual es apenas coherente, pues es la unión de socios que buscan un fin común y no es posible recibir utilidad, sin embargo en las corporaciones mixtas para el asociado público les está prohibido hacer aportes gratuitos, deben hacerlos a título oneroso, esperando una contraprestación para no desconocer el inciso 1 del artículo 355 de la C.P. y por tanto el mecanismo del aporte es a través de un convenio entre la ESAL mixta y el asociado fundador público, lo que lleva a replantear en que quedaría aquella característica diferencial de las entidades sin ánimo de lucro respecto de las sociedades comerciales, en donde los miembros no le es dable recibir beneficios de la corporación.

Sin lugar a dudas el patrimonio social de estas corporaciones mixtas se ve seriamente impactado por el componente público, y esto ha hecho que el inciso primero del artículo 637 del CC que indica la independencia de los patrimonios y su aspecto de universalidad, sea revaluado frente a esta entidad híbrida, como se expuso, el aspecto del control fiscal, lleva en la práctica, a estas entidades, a realizar una división del patrimonio para su administración, a pesar que se establece por parte del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 que se sujetaran a lo previsto en el código civil.

Ante las dificultades estas organizaciones en la actualidad han tenido que aplicar normas independientes frente a los aportes privados y los aportes públicos, tales como cuentas bancarias diferentes para el manejo de los recursos, aplicación de normatividad fiscal y contable atendiendo la naturaleza de cada recurso, generando en la práctica el reconsiderar si en efecto, las corporaciones mixtas tiene o no patrimonio autónomo.

Tal vez la dificultad que hoy viven estas ESALES, se deba al poco desarrollo legislativo que ha dado paso a que los vacíos presentados sean llenados por la jurisprudencia y la doctrina, presentando multiplicidad de criterios, que hacen más difusa la operación de estas entidades.

Como un primer paso, desde lo académico, se hace necesaria una revaluación de posturas que marcan como pauta el imborrable sello del origen público de los recursos, porque de no hacerlo al existir la integración del derecho de las diferentes disciplinas, lo que se está generando al punto de desconocerse, es la coherencia del ordenamiento jurídico.

Existirán muchos puntos de debate en este tema que no fueron abordados en estas cortas páginas, lo que sí pudimos observar es que aunque pasen los años las corporaciones mixtas se mantienen, siempre será necesario pronunciarse ante la ausencia del legislador en estos asuntos, o como iniciamos nuestro escrito, tal vez estemos en presencia de una señal de la integración de las áreas derecho en donde unas y otras se nutren tomando de cada una elementos que contribuyen en su desarrollo, y no de la separación irrestricta de las especialidades de la ciencia jurídica, pero ello también exige de los operadores jurídicos un reconocimiento de lo que puede y debe ser integrado, para no caer en la anulación de una institución por la vía de la armonización.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Gómez, F. J. (2012). *Filosofía del Derecho Privado*. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE- 4 edición.
- Belalcazar Erazo, E., & Riascos Narváez, L. (2011). *Derecho de las Personas Jurídicas Sin Ánimo de Lucro*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Cahian, A. (2004). *Las Asociaciones Civiles en la República Argentina*. Buenos Aires: Ediciones la Roca.
- Castro de Cifuentes, M. (2013). *Derecho Comercial, Actos de Comercio, Comerciantes, Empresas y Empresarios*. Bogotá: Uniandes.
- Dominguez Osorio, J., & Reséndiz Núñez, C. (2012). *Sociedades y Asociaciones Civiles*. México: Ediciones Fiscales ISEF.
- Jaramillo Diaz, J. C. (2014). *Entidades Sin Ánimo de Lucro, Características y Aplicaciones del Régimen Tributario*. Bogotá: Legis, Sexta edición.
- Lafont Pianetta, P. (2006). *Manual de derecho Privado Contemporáneo - Parte General*. Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda- Primera Edición.
- Martínez Neira, N. (2010). *Catedra de Derecho Contractual Societario. Regulación Comercial y Bursátil. De los Actos y Contratos Societarios*. Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A.
- Medina Pabón, J. E. (2014). *Derecho Civil Aproximación al Derecho de Personas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Molano López, M. (2005). *Transformación de la Función Administrativa*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Montoya Osorio, M. E., & Montoya Pérez, G. (2010). *Las Personas En el Derecho Civil*. Bogotá: Leyer Editores.
- Narváez García, J. I. (2002). *Derecho Mercantil Colombiano. Volúmen III. Teoría General de las Sociedades*. Bogotá. Novena Edición: Legis.
- Neira Archila, L. C. (2006). *Apuntaciones Generales al Derecho de Sociedades*. Bogotá: Temis.
- Parra Benítez, J. (2010). *Derecho Civil General y de las Personas*. Bogotá: Leyer.
- Peña Nossa, L. (2011). *De las Sociedades Comerciales*. Bogotá: Temis - Universidad Santo Tomas.Sexta Edición.
- Reyes Villamizar, F. (2009). *Derecho Societario. Tomo II*. Bogotá: Temis, segunda Edición.
- Roa Páez, M. d. (2011). *Contabilidad Tributaria para ESAL*. Medellín: Centro
- Rodríguez Navas, J. E. (2006). *Entidades descentralizadas Indirectas: Sociedades, Asociaciones, Cooperativas y Fundaciones Públicas y Mixtas*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Tafur Galvis, A. (1984). *Las Entidades Descentralizadas*. Medellín: Taller gráfico Montoya y Araujo.
- Tafur Galvis, A. (1986). *Las Personas Jurídicas Privadas sin ánimo de lucro y el Estado*. Bogotá: Ediciones Rosaristas-Colección de Estudios.
- Tafur Galvis, A. (1997). *Estudios de Derecho Público*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Tafur Galvis, A. (2011). *Constitución Política y Potestad Organizatoria*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Ternera Barrios, F. (2011). *Bienes*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Torrente, C., & Bustamante, L. E. (1998). *Las Entidades sin Ánimo de Lucro*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá- segunda edición.
- Usen Vicencio, A. (2012). EL Estado Empresario. *Revista de Derechos Fundamentales No.7*, 117-133.
- Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, A. (2011). *Derecho Civil- Tomo I- Personas*. Bogotá: Temis.
- Jurisprudencia Citada.
- C Const, C—893/2003, A. Sierra.
- C Const, C—372/1994, V. Naranjo.
- C Const C—230/1995 A. Barrera.
- C Const C—065/1997 A. Mejia & A. Martínez.

- C Const C—671/1999 A. Sierra
- C Const C—324/2009 J. Henao
- C.E. Consulta, 22 Feb. 2001 C..Hoyos: N^o 1330
- C.E. Consulta, 24 Ene. 2002 C. Hoyos: N^o 1383.
- C.E. Consulta, 9 Nov. 2006 F. Rodríguez: N^o 11001—03—06—000—2006—00079—00 (1766)
- C.E. Consulta, 20 Jun. 2007 W. Zambrano: N^o 11001—03—06—000—2007—00043—00(1829)
- C.E. Consulta, 12 Sep. 2013 W. Zambrano: N^o 11001—03—06—000—2013—00208—00(2146)
- C.E. 3, 13 Agos. 2014 C. Zambrano: N^o 76001—23—31—000—2000—01885—01(26765)
- C.E. 1, 5 Feb. 2015 M. Velilla: N^o 76001—23—31—000—2008—01176—01
- C.E. Consulta, 9 Jul. 2015 G. Bula: N^o 11001-03-06-000-2015-00001-00(2242)