

**SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION SUPERIOR – Marco normativo /
SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION SUPERIOR – Fue organizado por la Ley
30 de 1992 / INSTITUCIONES DE EDUCACION SUPERIOR – Tipologías**

El artículo 67 de la Constitución Política consagra la educación como un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social, con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura, así como la formación de las personas en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia, en la práctica del trabajo, en el mejoramiento cultural, científico y tecnológico y en la protección del ambiente. En el mismo artículo, la Constitución le otorga al Estado la obligación de regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, el cumplimiento de sus fines y la formación moral, intelectual y física de los educandos. Igualmente se dispone que la Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales en los “términos que señalen la Constitución y la ley”. (...) Como puede advertirse sin dubitación, la Carta Política defiere a la ley el establecimiento del régimen jurídico de las universidades, en particular de las del Estado. (...) En concordancia con los postulados constitucionales la Ley 30 de 1992 estableció que la educación superior es un servicio público cultural, inherente a la finalidad social del Estado, desarrolló la autonomía constitucionalmente reconocida a las universidades y reorganizó este servicio con miras a evitar la proliferación de instituciones de carácter oficial que no respondían académica ni financieramente a las necesidades y capacidad de la Nación y los entes territoriales, proceso que se había iniciado con el Decreto Ley 80 de 1980, tal como lo recordó la Sala en el Concepto 1886 de 2008. Por tanto, la Ley 30 de 1992 es el estatuto básico u orgánico al cual que deben ceñirse las instituciones de educación superior estatales u oficiales. De esta manera, en aplicación del principio de legalidad cuando una autoridad del orden nacional o territorial pretenda satisfacer una necesidad pública en materia de educación superior y opte por la creación u organización de una institución estatal de educación superior, deberá acudir a las reglas específicas que para el efecto prevé la Ley 30 de 1992, en particular respecto a la tipología que esa misma ley dispone para tales instituciones. El artículo 16 de esta Ley clasifica las instituciones de educación superior en tres categorías: “a) Instituciones técnicas profesionales. b) Instituciones universitarias o escuelas tecnológicas y, c) Universidades”. Por su parte, el artículo 23 de la Ley 30 de 1992 establece que: “Por razón de su origen, las instituciones de Educación Superior se clasifican en: Estatales u Oficiales, Privadas y de Economía Solidaria”. Nótese como en la tipología prevista en la ley para las instituciones de educación superior no se aprecia la posibilidad del origen mixto de las mismas. No obstante, podría pensarse que al establecer la tipología específica de las de carácter estatal u oficial, allí podrían encontrarse este tipo de instituciones. (...) Como puede apreciarse existe perfecta armonía entre la norma transcrita y lo expuesto en este concepto sobre la creación de una entidad estatal, en los términos de los artículos 150-7 y 300-6 CP, en el sentido de que la Constitución Política ha determinado que las entidades y organismos públicos únicamente pueden ser creados por decisión del Estado, jamás por decisión de los particulares. Igualmente, es claro que el ejercicio de la potestad de creación de una institución de educación superior estatal u oficial debe observar las disposiciones de la Ley 30 de 1992, en particular la tipología que ella ha establecido, dada su especialidad en la materia, de donde se sigue su carácter prevalente.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 67 /
CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 69 / LEY 30 DE 1992

INSTITUCIONES DE EDUCACION SUPERIOR – No pueden adoptar la forma de sociedad de economía mixta

La Sala arriba a las siguientes conclusiones: A) Las instituciones estatales u oficiales de educación superior solo pueden tener la naturaleza de entes universitarios autónomos – universidades estatales, y las que no tengan ese carácter serán establecimientos públicos del orden nacional, departamental o municipal; B) Dada su naturaleza de entes universitarios autónomos o establecimientos públicos, tales entidades únicamente pueden ser creadas por iniciativa y decisión del Estado, mediante ley, ordenanza o acuerdo, según el caso; C) En la tipología prevista en la Ley 30 de 1992 para que el Estado cree y organice una institución de educación superior, no se previó la posibilidad de que el Estado preste ese servicio público en asocio o concurrencia con los particulares. La decisión legislativa vigente es que la prestación del servicio público de educación superior corresponda directamente al Estado a través de entes universitarios autónomos o establecimientos públicos, o a los particulares a través de universidades privadas o de economía solidaria (Artículos 23, 57, 58 y 96 de la Ley 30); D) La decisión legislativa de que los particulares no sean consocios del Estado para la prestación del servicio público de educación superior, explica la razón por la cual no se incluye dentro de la tipología de la Ley 30 de 1992 relativa a las universidades estatales u oficiales, a instituciones de educación superior mixtas y mucho menos sociedades de economía mixta o fundaciones de carácter mixto, como posibles prestadoras del mencionado servicio; E) A pesar de la naturaleza estatal de las sociedades de economía mixta y las fundaciones de carácter mixto, en ningún caso pueden ser asimiladas a los entes universitarios autónomos o a los específicos establecimientos públicos que prestan el servicio de educación superior, toda vez que como se ha expuesto en este concepto, la Ley 489 de 1998 ha establecido que tales sociedades o fundaciones tienen naturaleza, objeto y fines diferentes; F) Podría plantearse la hipótesis de que en vigencia de la Ley 30 de 1992, el Congreso de la República expidiera una ley que autorizara la creación de una persona jurídica mixta para prestar el servicio público de educación superior. En los términos expuestos por la Sala en este concepto se estaría en presencia de una entidad atípica frente a lo previsto en la Ley 30 de 1992, sin perjuicio del examen concreto de constitucionalidad de la hipotética ley. Lo que no resulta posible mientras la Ley 30 esté vigente, es que una entidad territorial tenga la competencia para autorizar mediante ordenanza o acuerdo la creación de una persona jurídica de carácter mixto para prestar el servicio público de educación superior, bien sea sociedad o fundación, toda vez que en virtud del principio de jerarquía normativa dicha competencia solo puede ejercerse válidamente si la institución de educación superior del nivel territorial tiene la naturaleza de ente universitario autónomo o establecimiento público, por expreso mandato de los artículos 23, 57, 58 y 61 de la Ley 30 de 1992, en concordancia con los artículos 69, 209, 210 y 300-7 CP.

FUENTE FORMAL: LEY 30 DE 1992 / LEY 1740 DE 2014

ENTIDADES Y ORGANISMOS PUBLICOS – Competencia para su creación o para su autorización / ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ORDEN TERRITORIAL – Competencia para su creación

La Constitución Política ha determinado que las entidades -y organismos públicos- únicamente pueden ser creadas por decisión del Estado, jamás por decisión de los particulares, aun cuando sí con su participación dentro de especiales condiciones y conforme a determinados procedimientos. Las pertenecientes a la

Rama Ejecutiva del poder público, en el orden nacional, únicamente pueden ser creadas por el Congreso de la República, bien sea mediante ley o con autorización de la misma. (...) Esta regla se ratifica para el caso de las entidades descentralizadas nacionales en el artículo 210 C.P., en cuanto prescribe que “Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios solo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa”. Lo expuesto hasta ahora para las personas jurídicas del orden nacional, puede aplicarse al orden departamental, distrital o municipal, obviamente recordando que la decisión político - administrativa que adopten las Asambleas o los Concejos, no tiene carácter legislativo. De esta forma, por mandato constitucional, se ha establecido una reserva en cabeza de esas corporaciones administrativas para determinar la estructura de la administración territorial. (...) La creación de entidades públicas tiene necesariamente origen en la voluntad del Estado en cada uno de sus niveles, esto es, que el acto de creación de toda entidad administrativa requiere del concurso coordinado de los poderes Legislativo y Ejecutivo, en el orden nacional, y en el orden departamental de la Asamblea y el ejecutivo departamental, esto es, el Gobernador. (...) Dilucidada la cuestión sobre la competencia para crear entidades descentralizadas administrativas nacionales o departamentales, merece atención el mandato legal que establece los contenidos mínimos de todo acto de creación. Sobre este particular dispone el artículo 50 de la Ley 489 de 1998 que el acto de creación de todo organismo o entidad administrativa debe determinar sus objetivos, estructura orgánica y soporte presupuestal. La estructura orgánica, en particular, comprende los siguientes aspectos, de acuerdo con esta disposición: denominación, naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico, sede, integración del patrimonio, señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y el Ministerio o el Departamento Administrativo al cual estará adscrito o vinculado el ente que se crea. En consecuencia, la creación de una entidad pública es una decisión que debe ejecutarse exclusivamente por el Estado y, por lo mismo, la decisión de crear o autorizar una entidad descentralizada (persona jurídica pública), está sometida al derecho público; no puede darse el caso de que esa autorización o creación ocurra mediante una determinación adoptada conforme a las normas del derecho privado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 210 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 300 / LEY 489 DE 1998 – ARTICULO 49

ENTIDADES ATIPICAS – Creación / ATIPICIDAD – Concepto / ENTIDADES DESCENTRALIZADAS – Actos de creación o autorización y actos de organización / ENTIDADES ATIPICAS – Solo pueden serlo las entidades descentralizadas del orden nacional / ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL NIVEL TERRITORIAL – No pueden ser atípicas

El Legislador puede optar, para satisfacer una necesidad pública, entre muchas posibles soluciones, por la creación o autorización de una entidad descentralizada predeterminada en la Ley 489 de 1998 pero también puede crear o autorizar una entidad atípica. Como lo dijo la Sala en el Concepto 1815 de 2007, la noción de atipicidad consiste en asignar algunas consecuencias jurídicas al hecho de que cierta situación concreta no encaja en el tipo definido previamente por el Legislador. Con el fin de establecer en qué casos es jurídicamente posible que haya entidades administrativas atípicas, es necesario tener en cuenta la posición que en la jerarquía normativa ocupa la norma que crea o autoriza la entidad, y el lugar que en la misma jerarquía tiene la norma que organiza la entidad. Como se observa, se distingue

entre la norma de creación o de autorización de una entidad descentralizada, de la norma de organización de la misma. La distinción se explica en el hecho de que unas entidades son creadas por acuerdo o asociación y otras mediante un acto unilateral. Las segundas deben ser creadas y organizadas por la ley, ordenanzas o acuerdos; esto significa que mediante normas de rango nacional, departamental o municipal, se crea y además se estructura esta clase de entidades, por lo que es en estas normas donde debe buscarse su regulación, los elementos que las constituyen, el derecho aplicable, etc. Las entidades descentralizadas de carácter asociativo deben ser autorizadas por ley, ordenanza o acuerdo, pero su organización se hace a través de estatutos que son acordados por los miembros que las conforman. Para este último grupo, existe campo para los estatutos: reglas convenidas entre los miembros que constituyen la entidad, y que jerárquicamente estarán siempre por debajo de la norma que autoriza la creación de la entidad. En relación con las entidades descentralizadas del orden nacional, en la Ley 489 de 1998 aparecen los elementos y las características de los diferentes tipos o categorías que allí se estructuran. Formalmente, esta es una ley ordinaria de manera que su fuerza normativa es la de cualquier otra ley. De este aserto se desprende entonces que la ley de creación de una nueva entidad puede optar por ordenar la aplicación de las reglas de uno cualquiera de los tipos de la Ley 489 de 1998, o también puede crearla en forma totalmente atípica sin ceñirse a lo dispuesto por esta, caso en el cual la ley especial de creación y organización de determinada entidad descentralizada prima sobre la general, exceptuando su aplicación para ese caso concreto. En la ley de autorización para la creación de una entidad descentralizada con carácter de asociación o de sociedad, es posible verificar las mismas dos situaciones anteriores, pues puede ordenar que se organice conforme a uno de los tipos definidos por la Ley 489 de 1998, caso en el cual esta se vuelve absolutamente obligatoria, pero también es viable que ordene crear una entidad descentralizada atípica o especial, por lo que los estatutos que se acuerden deberán desarrollar este mandato. En el nivel departamental, distrital y municipal, la Ley 489 de 1998 se aplica directamente a las “características y régimen de las entidades descentralizadas”, por lo que la autorización para crear las de carácter asociativo o societario, deberá observar en primer lugar el tipo de entidad organizada y descrita por la Ley 489, en segundo lugar la ordenanza o acuerdo de creación o autorización y en tercer lugar los estatutos que organizan la entidad. Entonces, por expreso mandato de la Ley 489 de 1998, tratándose de actos administrativos como son las ordenanzas o los acuerdos, la autorización para crear o autorizar entidades descentralizadas del nivel territorial deberá observar tales disposiciones legales y, por lo mismo, no es jurídicamente viable autorizar en ese nivel la creación de entidades descentralizadas diferentes a las previstas en la Ley 489 o atípicas, como quiera que en la jerarquía normativa del Estado unitario (CP; Artículo 1), dichos actos administrativos solo serán válidos si se sujetan a la ley. En este sentido, debe recordarse que la autorización para la creación de una entidad descentralizada es expresión del principio de legalidad (CP, Artículos 6, 121 y 122), ya que en el ámbito estatal la búsqueda del interés público o del beneficio común a través de tales entidades, no resulta de la voluntariedad y de la autonomía de la voluntad sino que corresponde a una competencia que debe ejercerse a través de ley, ordenanza o acuerdo, en los términos explicados.

FUENTE FORMAL: LEY 489 DE 1998

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA – Autorización para su creación / ACTO DE AUTORIZACION PARA LA CREACION DE SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA – Finalidad / SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA – Se constituyen por escritura pública previa autorización estatal

De la naturaleza de las sociedades de economía mixta y de su regulación jurídica se desprende que la ley o la ordenanza no puede crear directamente una sociedad de economía mixta, porque para que esta llegue a existir se requiere del concurso de particulares, de cuya voluntad para asociarse con el Estado no puede disponer el legislador, como tampoco de sus eventuales aportes patrimoniales a la sociedad. Es por ello que, para constituir una sociedad de economía mixta, de ordinario se necesitará de una autorización al ejecutivo que se origina en la corporación pública correspondiente. A partir de dicha autorización el ejecutivo nacional o departamental, según el caso, y los representantes del sector privado concertados para constituir la sociedad, suscribirán la correspondiente escritura pública, que es la forma prescrita por la ley para crear una sociedad de economía mixta. El acto de autorización, ley u ordenanza, deberá determinar los bienes o recursos públicos que aportará el Estado a la sociedad proyectada. Por todo lo expuesto, resulta evidente que la autorización necesaria para crear sociedades de economía mixta del orden nacional o departamental es la que debe otorgar la ley o la ordenanza no al particular o los particulares que van a concurrir con el Estado a constituir la sociedad, pues para disponer de su propio patrimonio los particulares no requieren de autorización legal, sino a la administración gestora de la sociedad, que la necesita para disponer legítimamente de recursos públicos para tal fin. Ahora bien, dado que la decisión de crear sociedades de economía mixta tiene origen, necesariamente, en una autorización que se materializa en una ley, ordenanza o acuerdo, cabe preguntar si dichas normas pueden revestir la forma de autorizaciones generales o si, por el contrario, cada autorización debe ser específica, particular y concreta, y por tanto referida a una sociedad determinada o individualizada. La Corte Constitucional, al interpretar el artículo 150 numeral 7 de la Carta política, relacionado con la mencionada autorización, ante una demanda contra el artículo 14 de la Ley 88 de 1993 que autorizaba aportes de la Nación a unas entidades, expresó: “¿Qué clase de ley es la que autoriza la creación de una sociedad de economía mixta? Una ley en sentido formal, pues sólo es ley por su origen y su formación y no por su contenido. Este contenido no es general y abstracto, sino particular y concreto. Y por ser particular y concreto tiene que referirse a una sociedad determinada, individualizada. Como lo señala el artículo 8o. del decreto 1050 de 1968, en tratándose de sociedades de economía mixta, "el grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determinan en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social. Tal ley, en consecuencia, debe determinar asuntos como estos: la cuantía de los recursos públicos que se aportarán a la sociedad, su objeto, su domicilio, su duración, la proporción del capital público y privado, lo mismo que el grado de tutela por parte de la administración, y a qué dependencia corresponde ejercerla". (...) De acuerdo con lo expuesto, las sociedades de economía mixta, atendida su naturaleza societaria, no se crean unilateralmente por parte del Estado mediante un acto suyo, como podría ser una ley o una ordenanza. Es necesaria la celebración de un contrato de sociedad, en los términos del artículo 98 del C.Co., en el cual la administración, para poder suscribirlo, necesita de una autorización de la ley u ordenanza que, como se ha visto, debe ser especial y expresa para el tipo de sociedad de que se trate en particular. Sobre estos presupuestos, en el contrato constitutivo de la sociedad el Estado deberá manifestar tanto su ánimo de asociarse como el de hacer efectiva la participación económica mediante la suscripción de su aporte al capital social, en los montos autorizados igualmente por el legislador o la Asamblea Departamental. Como dijo la Sala en el Concepto 506 de 1993 y se reitera en este, en el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta deberán señalarse las condiciones que para la participación del Estado contenga la disposición que autorice su creación; el carácter de nacional, departamental o municipal de la sociedad; así como su vinculación al organismo de la

administración central que ejercerá la tutela sobre la sociedad (artículos 98 de la Ley 489 de 1998 y 462 del C.Co.). Son elementos para la configuración de dicho contrato: a) El ánimo asociativo, es decir, la manifestación expresa de la voluntad de constituir sociedad con otros socios, lo cual, para el caso de la sociedad de economía mixta, debe constar inequívocamente en el acto que autoriza su constitución y en el contrato social; b) El aporte o suministro de bienes que, para el caso del Estado, deberá estar justificado con la respectiva apropiación presupuestal. El aporte podrá consistir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que la misma emita, títulos mineros y para la explotación de recursos naturales, etc. (art. 100 de la Ley 489 de 1998); el Estado también podrá aportar concesiones (art. 463 del C. de Co.) y c) El ánimo de lucro, que es elemento característico de la finalidad de la sociedad.

FUENTE FORMAL: LEY 489 DE 1998 – ARTICULO 38 / LEY 489 DE 1998 – ARTICULO 97 / LEY 489 DE 1998 – ARTICULO 98

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA - Características

De su regulación constitucional y legal, así como de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, la Sala extractó, en el Concepto 1921 del 23 de septiembre de 2008, las características principales de las sociedades de economía mixta, que se reiteran y precisan a continuación: (i) Son entidades autorizadas por la ley, si son del orden nacional (Artículo, 150-7 C.P.), o por una ordenanza de la Asamblea si pertenecen al nivel departamental (Artículo, 300-7 ibídem) o por un acuerdo del Concejo si son de carácter municipal (Artículo, 313-6 ibíd.); (ii) Deben revestir forma societaria conforme al Código de Comercio; (iii) Requieren de aportes tanto del Estado como privados en su capital; (iv) Su objeto social consiste en desarrollar actividades industriales o comerciales y, por lo mismo, tiene ánimo de lucro; (v) En principio se rigen por las reglas del derecho privado, salvo las excepciones legales, y (vi) Están vinculadas a la administración como integrantes que son del sector descentralizado, y en consecuencia quedan sujetas a los controles administrativos correspondientes (Ley 489 de 1998, Artículos 103 y 105). En consecuencia, la Sala reitera su doctrina en el sentido de que las sociedades de economía mixta de índole nacional, departamental o municipal, en forma alguna pueden ser calificadas como personas jurídicas de derecho privado dado que resulta por completo ajeno a la creación de tales sujetos de derecho privado la exigencia, por parte del ordenamiento jurídico, de una ley, ordenanza o acuerdo que de manera expresa y particular autorice su creación o la participación del Estado en esas personas jurídicas para su conversión.

FUENTE FORMAL: LEY 489 DE 1998

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS DE PARTICIPACION MIXTA – Están sujetas a las reglas presupuestales y de control fiscal de las entidades descentralizadas / ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS SIN ANIMO DE LUCRO DE PARTICIPACION MIXTA – No pueden ser calificadas como personas jurídicas de derecho privado

Ciertamente, la creación de una persona jurídica de participación mixta se enmarca en el campo de la estructura de la Administración que se modifica y aumenta al entrar a formar parte de ella una entidad nueva por iniciativa de la Administración y con recursos provenientes del Estado, esto es, recursos públicos. Como se ha señalado, la definición de esa estructura es competencia reservada al Congreso, a las asambleas y a los concejos, a partir de una iniciativa que

corresponde, en cada caso, al Ejecutivo del respectivo orden administrativo, tal como se expuso suficientemente en los acápite anteriores de este concepto. En consecuencia, tratándose de una persona jurídica mixta de las previstas en la norma que se comenta, su creación ha de tener origen, necesariamente, en una entidad estatal ya existente, que concurre al acto con particulares, por lo que se está en presencia de una entidad descentralizada indirecta o de segundo grado. En esta hipótesis también se requiere de autorización estatal previa para cada caso: del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal, según el párrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998. (...) En suma, el nacimiento de una entidad descentralizada indirecta sin ánimo de lucro de participación mixta exige, además de la disposición estatal que autoriza su creación, de un acto constitutivo que le dé origen (acto de organización), el cual debe reunir, como mínimo, los requisitos y condiciones estipulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. (...) Así mismo, la entidad descentralizada indirecta sin ánimo de lucro de participación mixta estará sujeta a las reglas presupuestales y de control fiscal propias de tales entidades. De manera general debe recordarse que los artículos 345, 346 y 347 C.P., ordenan que en tiempo de paz no podrá hacerse erogación alguna con cargo al tesoro público que no esté incluida en el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones, como tampoco podrá percibirse ingreso que no figure en el presupuesto de rentas; que en la ley de apropiaciones no podrán incluirse sino las partidas que correspondan a créditos judicialmente reconocidos, a gastos decretados conforme a ley anterior o a gastos propuestos por el gobierno para la debida atención de las ramas del poder público, el servicio de la deuda o el plan de desarrollo; y que el proyecto de ley de apropiaciones debe contener la totalidad de los gastos proyectados para la vigencia correspondiente. En concordancia con lo anterior, el artículo 353 C.P., dispone que los principios y disposiciones en materia presupuestal se aplicarán a las entidades territoriales para la elaboración, aprobación y ejecución del presupuesto. Por su parte, el artículo 105 de la Ley 489 de 1998 dispone que el presupuesto anual de las entidades descentralizadas debe “someterse a los trámites y aprobaciones señalados en la Ley Orgánica del Presupuesto”. Así las cosas, la entidad territorial que concurre al acto de constitución de la entidad descentralizada indirecta sin ánimo de lucro de participación mixta, debe observar todas las reglas presupuestales que le permitan realizar el aporte a la nueva persona jurídica mixta, con cargo a la apropiación correspondiente en el presupuesto de la entidad territorial. Y una vez constituida y en funcionamiento la entidad descentralizada, debe observar el citado artículo 105 de la Ley 489. En cuanto al control fiscal, el artículo 267 CP dispone que corresponde a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación, la cual es de carácter posterior e incluye un ejercicio de control financiero y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. Por su parte, la Ley 42 de 1993, “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, indica que entre los sujetos de control fiscal se encuentran “las sociedades de economía mixta, las empresas industriales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con estos” (Artículos 2 y 49. (...)) En consecuencia, las entidades descentralizadas indirectas sin ánimo de lucro de participación mixta están en el ámbito del derecho público, hacen parte de la estructura de la Administración sujetas a los controles correspondientes (Artículos 103, 105 y 109, Ley 489), y a las reglas presupuestales y de control fiscal propias de tales entidades, según se ha explicado y, por lo mismo, no pueden ser consideradas como personas jurídicas privadas.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 267 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 2 / LEY 42 DE 1993 – ARTICULO 49 / LEY 489 DE 1998 – ARTICULO 96

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil quince (2015)

Radicado número: 11001-03-06-000-2015-00001-00(2242)

Actor: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

La señora Ministra de Educación Nacional consulta a la Sala sobre la tipología de las instituciones de educación superior en la Ley 30 de 1992 y, en particular, sobre la posibilidad de crear y reconocer instituciones de educación superior de carácter mixto y asemejarlas a sociedades de economía mixta.

I. ANTECEDENTES

Mediante Ordenanza No. 76 del 24 de febrero de 2000 la Asamblea Departamental del Casanare autorizó al gobernador para que “en nombre del Departamento se asocie con entidades públicas y privadas de nivel nacional, regional, departamental y municipal, con instituciones extranjeras, multinacionales o internacionales y con particulares, con la finalidad de constituir la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano, como una entidad de participación mixta, sin ánimo de lucro que se registrará por las disposiciones de la Ley 30 de 1992”. (Mayúsculas suplidas)

En cumplimiento de dicho acto administrativo, UNITROPICO se constituyó el 16 de marzo de 2000 según consta en acta de esa fecha. El Departamento de Casanare se comprometió a aportar para las vigencias fiscales de 2000 al 2005 un total de \$34.275.631.000. (98% en dinero y 2% en especie, aproximadamente).

El Ministerio de Educación Nacional (en adelante MEN), mediante Resolución 1311 de 2002 reconoció personería jurídica a UNITROPICO como una institución de educación superior de carácter privado sin ánimo de lucro, de conformidad con el artículo 98 de la Ley 30 de 1992 y el Decreto 1478 de 1994. Posteriormente, mediante Resolución 6538 de 2011 del MEN, se ratificó una reforma estatutaria de UNITROPICO bajo la “naturaleza de institución de educación superior de carácter privado”.

Ante tal situación fáctica afirma la señora Ministra que existen interpretaciones frente a la naturaleza y régimen jurídico aplicable a UNITROPICO expuestas al MEN por sectores que “tienen participación o interés” en dicha institución.

En una primera postura, se afirma que UNITROPICO es una institución de educación superior de carácter privado sin ánimo de lucro, reconocida y registrada como tal, según Resolución 1311 de 2002 expedida por el MEN.

Por su parte la segunda tesis sostiene que UNITROPICO es una entidad de participación mixta, por contar dentro de su patrimonio con capital del sector público y privado, por lo que es “susceptible de ser reconocida como una sociedad de economía mixta” en atención a lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política y la Ley 489 de 1998 que, dado el porcentaje de recursos públicos aportados, puede ser considerada una “sociedad con aporte mayoritariamente estatal, asimilándose a una corporación de carácter estatal” perteneciente a la rama ejecutiva y susceptible de los controles y normatividad aplicable a esas entidades, “desconociéndose con esto la normatividad especial existente para las entidades de Educación Superior” en la Ley 30 de 1992 y demás normas reglamentarias

Ahora, como contraposición a la primera tesis se afirma que UNITROPICO no puede ser considerada una institución de educación superior de carácter estatal, así se hayan realizado aportes con recursos públicos, toda vez que en atención a lo dispuesto en los artículos 58 y siguientes de la Ley 30 de 1992, la creación de tales entidades estatales requiere de la existencia de un acto administrativo expedido por la Corporación señalada y facultada por la Ley para tal fin (Congreso, Asambleas y Concejos), el cual “no se puede entender expedido con la Ordenanza No. 076 de 2000” de la Asamblea del Casanare.

Tampoco puede ser considerada una sociedad de economía mixta toda vez que de conformidad con la Constitución Política y la Ley 30 de 1992, especialmente el artículo 2 ibídem, no existe fundamento legal para la existencia de instituciones de educación superior de carácter mixto.

Es preciso manifestar que con posterioridad a la radicación de la consulta, el Despacho del magistrado ponente requirió al MEN para aportar la documentación allí citada (ordenanza departamental, resoluciones del MEN, etc.); el MEN contestó el requerimiento mencionado en diferentes fechas, la última de las cuales se produjo el 30 de abril de 2015, mediante oficio 2015–EE-039620.

La señora Ministra formuló las siguientes

PREGUNTAS:

- 1. “Una institución de Educación Superior, creada y reconocida como institución de Educación Superior de carácter privado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 30 1992, está facultada para recibir recursos públicos? Y por ello, ser sujeto de control y revisión por parte de los entes de control del Estado?”*
- 2. “Puede el Ministerio de Educación Nacional reconocer instituciones de Educación Superior de naturaleza diferente a las previstas en la Ley 30 de 1992, y asemejarlas a las sociedades de economía mixta?”*
- 3. “La Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano-UNITROPICO-es de naturaleza pública o privada, atendiendo a que la misma ha recibido recursos públicos del Departamento de Casanare?”*
- 4. “El Departamento de Casanare y otras entidades territoriales pueden*

crear instituciones de Educación Superior de carácter mixto no contempladas en la Ley 30 de 1992?”

II. CONSIDERACIONES

A. Aclaración previa

En los antecedentes de la consulta se aprecian actos administrativos como son la Ordenanza No. 76 del 24 de febrero de 2000 de la Asamblea Departamental del Casanare y las Resoluciones del Ministerio de Educación Nacional 1311 de 2002 y 6538 de 2011, mediante las cuales se reconoció personería jurídica a UNITROPICO como una institución de educación superior de carácter privado sin ánimo de lucro y se ratificó una reforma estatutaria de UNITROPICO, respectivamente.

Para la Sala es claro que los actos administrativos precitados generan efectos jurídicos particulares y concretos que gozan de la presunción de legalidad y por lo mismo, mientras dichos actos administrativos no sean modificados por otros, o sus efectos suspendidos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, o desvirtuada su legalidad mediante sentencia que declare su nulidad, previo ejercicio de los medios de control judicial que correspondan¹, seguirán produciendo los efectos jurídicos vinculantes allí previstos, razón por la cual la Sala no entrará a valorar su contenido y alcance dado que, en el ejercicio de la función consultiva, ello no le corresponde.

En el mismo sentido, la Sala ha conocido la existencia del proceso radicado bajo el número 850012331003-2004-02209-00, el cual fue decidido en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Casanare y apelado ante el Consejo de Estado, recurso que se encuentra en trámite ante la Sección Tercera de esta Corporación.

En dicho proceso se denegó, en primera instancia, la nulidad de la Ordenanza 15 del 30 de julio de 2004 expedida por la Asamblea Departamental del Casanare que derogó la Ordenanza 88 de agosto 3 de 2000 proferida por esa misma asamblea, “por medio de la cual se garantizan aportes para la investigación científica a través de la Fundación Universitaria del Trópico Americano y de la Ciudadela Universitaria de Casanare”.

En el fallo de primera instancia conocido por la Sala se hacen consideraciones sobre el recibo y destino de recursos públicos por parte de UNITROPICO y, por lo mismo, serán aspectos que posiblemente se debatirán en la sentencia definitiva que proferirá la Sección Tercera al resolver el recurso de apelación propuesto².

En atención a que en la consulta formulada se alude a que UNITROPICO ha recibido recursos públicos (preguntas 1 y 3), aspecto que se debate en un proceso

¹ El artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé: “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los **actos de certificación y registro...**” (Se resalta).

² El proceso se encuentra al Despacho para fallo desde el 17 de octubre de 2013.

judicial en curso, la Sala no podrá rendir sobre el particular el concepto solicitado, toda vez que su posición reiterada es que en ejercicio de la función consultiva no le corresponde justificar, dar explicaciones o hacer juicios de valor sobre las sentencias proferidas por las autoridades judiciales³, por una parte, y no le es procedente pronunciarse en asuntos que versen sobre la misma materia o una sustancialmente conexas, a aquellos que estén sometidos a una decisión jurisdiccional, pues la controversia debe resolverse mediante sentencia que habrá de cumplirse con efectos de cosa juzgada⁴, por la otra.

Dado lo anteriormente expuesto, la Sala se declarará inhibida para absolver los aspectos de la consulta que conciernen a la posibilidad de que UNITROPICO reciba o haya recibido recursos públicos, por lo que en esa materia deberá estarse a lo que se decida en dichas actuaciones judiciales.

B. Problemas jurídicos planteados

Realizada la anterior precisión, se tiene que de conformidad con los antecedentes y preguntas formuladas en la consulta, el análisis que realizará la Sala se encaminará a resolver de manera general el siguiente problema jurídico: en atención a que la Ley 30 de 1992 establece una tipología normativa respecto de las instituciones de educación superior ¿es posible la creación y reconocimiento de instituciones de educación superior de carácter mixto y asemejarlas a las sociedades de economía mixta?

Para responder los interrogantes formulados la Sala analizará *i)* las reglas que rigen la creación de entidades con participación del Estado y los particulares, en especial las sociedades de economía mixta y las fundaciones de carácter mixto; *ii)* la tipología prevista en la Ley 30 de 1992 para las instituciones de educación superior y la posibilidad jurídica de crear o reconocer instituciones de educación superior de carácter mixto; *iii)* se revisarán las facultades del Ministerio de Educación Nacional frente a la posible prestación del servicio de educación superior por una persona jurídica de participación mixta.

C. La creación de entidades y organismos públicos en la Constitución y la ley. La tipología predeterminada en la ley: noción y alcance

1. Competencia para su creación o autorización. Contenido del acto de creación

Como lo ha sostenido la Sala reiteradamente⁵, la Constitución Política ha determinado que las entidades -y organismos públicos- únicamente pueden ser creadas por decisión del Estado, jamás por decisión de los particulares, aun cuando sí con su participación dentro de especiales condiciones y conforme a determinados procedimientos. Las pertenecientes a la Rama Ejecutiva del poder público, en el orden nacional, únicamente pueden ser creadas por el Congreso de la República, bien sea mediante ley o con autorización de la misma. En efecto, el numeral 7 del artículo 150 C.P., dispone:

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

³ Sobre el particular pueden consultarse, entre otros, los autos con radicación 2047 de 2011 y 2129 y 2133 de 2012.

⁴ Cfr. Autos del 11 de marzo de 2010, Consulta 1991 y del 16 de febrero de 2011, Consulta 2047.

⁵ Conceptos 1815 de 2007 y 2025 de 2011, entre muchos otros.

(...)

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

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

Lo expuesto hasta ahora para las personas jurídicas del orden nacional, puede aplicarse al orden departamental, distrital o municipal, obviamente recordando que la decisión político - administrativa que adopten las Asambleas⁶ o los Concejos⁷, no tiene carácter legislativo. De esta forma, por mandato constitucional, se ha establecido una reserva en cabeza de esas corporaciones administrativas para determinar la estructura de la administración territorial, que para el caso de los departamentos se concreta en lo siguiente:

“Artículo 300. Corresponde a las Asambleas por medio de ordenanzas:

(...)

7. Determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de sus dependencias, la escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de **sociedades de economía mixta**”. (Resalta la Sala).

Por su parte la Ley 489 de 1998⁸, dispone en el artículo 49:

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

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

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

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

De las disposiciones transcritas se desprende con meridiana claridad que la creación de entidades públicas tiene necesariamente origen en la voluntad del Estado en cada uno de sus niveles, esto es, que el acto de creación de toda

⁶ Artículo 300 numeral 7 de la Constitución Política.

⁷ Artículo 313 numeral 6 de la Constitución Política.

⁸ “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”.

entidad administrativa requiere del concurso coordinado de los poderes Legislativo y Ejecutivo, en el orden nacional, y en el orden departamental de la Asamblea y el ejecutivo departamental, esto es, el Gobernador.

El Congreso tiene el poder constitucional exclusivo para crear, pero no lo puede ejercer si el Gobierno no está interesado en la creación, porque los proyectos de ley de esta naturaleza están reservados a la iniciativa gubernamental (art. 154, núm. 7 C.P.; ley 5 de 1992, artículo 142, núm. 2). Así las cosas, cuando el Gobierno necesite crear una entidad administrativa, requerirá de ley o, al menos, de una “*autorización de ésta*”⁹. Obviamente, se trata de una autorización que tiene origen en el órgano Legislativo que la expide, y que está dirigida al órgano Ejecutivo del poder público, que la recibe. Sería enteramente contrario al orden constitucional suponer que la ley puede otorgar dicha autorización para crear entes públicos constitutivos de la Rama Ejecutiva, a una autoridad ajena al Ejecutivo o, peor, aún, a personas privadas.

Cuando la Constitución estipula que para crear una entidad descentralizada del orden nacional se requiere de una autorización legal, ha de entenderse que el destinatario de esa autorización es el Gobierno Nacional. No podría ser de otra manera, dado que una decisión de esta índole, que altera la organización del Ejecutivo al aumentar su tamaño, y compromete bienes o recursos públicos, no puede salir de la órbita de lo público, ni ocurrir sin el consentimiento ni, menos aún, sin el conocimiento de las autoridades administrativas competentes. En el orden departamental la autorización será expedida por la Asamblea y la autoridad destinataria será el Gobernador.

Las reglas precedentes rigen para la creación de todo tipo de entidades públicas, incluyendo las descentralizadas del orden territorial, por expreso mandato de los artículos 150 – 7 y 210 de la Constitución Política, así como de los artículos 68 y 69 de la Ley 489 de 1998. La creación de entidades descentralizadas requiere, además, del “estudio demostrativo que justifique la iniciativa” bajo los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 CP¹⁰. En efecto, así se dispone en el artículo 69 de la Ley 489, a saber:

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

Dilucidada la cuestión sobre la competencia para crear entidades descentralizadas administrativas nacionales o departamentales, merece atención el mandato legal que establece los contenidos mínimos de todo acto de creación. Sobre este particular dispone el artículo 50 de la Ley 489 de 1998 que el acto de creación de

⁹ En la sentencia C-150/04 la Corte Constitucional expresó: “De conformidad con lo expuesto, el Congreso de la República está facultado para crear y suprimir **entidades y organismos públicos** del nivel nacional, de manera directa y a través de una ley ordinaria (art. 150-7). Igualmente, está autorizado por la Constitución Política para delegar en el Presidente de la República competencia para tomar aquel tipo de decisiones, evento en el cual deberán atenderse las condiciones fijadas en el artículo 150 numeral 10 superior. Es de resaltar que la Constitución consagra una cláusula de reserva de ley para la *creación de entidades y organismos* del orden nacional”. (Resalta la Sala).

¹⁰ Constitución Política, Art. 209: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. / Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado...”.

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

En consecuencia, la creación de una entidad pública es una *decisión* que debe ejecutarse exclusivamente por el Estado y, por lo mismo, la decisión de crear o autorizar una entidad descentralizada (persona jurídica pública), está sometida al derecho público; no puede darse el caso de que esa autorización o creación ocurra mediante una determinación adoptada conforme a las normas del derecho privado.

2. La sujeción a una tipología predeterminada en la ley. Noción y alcance

El Legislador puede optar, para satisfacer una necesidad pública, entre muchas posibles soluciones, por la creación o autorización de una entidad descentralizada predeterminada en la Ley 489 de 1998 pero también puede crear o autorizar una entidad *atípica*.

Como lo dijo la Sala en el Concepto 1815 de 2007, la noción de *atipicidad* consiste en asignar algunas consecuencias jurídicas al hecho de que cierta situación concreta no encaja en el tipo definido previamente por el Legislador. Con el fin de establecer en qué casos es jurídicamente posible que haya entidades administrativas atípicas, es necesario tener en cuenta la posición que en la jerarquía normativa ocupa la norma que *crea* o *autoriza* la entidad, y el lugar que en la misma jerarquía tiene la norma que *organiza* la entidad.

Como se observa, se distingue entre la norma de *creación* o de *autorización* de una entidad descentralizada, de la norma de *organización* de la misma. La distinción se explica en el hecho de que unas entidades son creadas por acuerdo o asociación y otras mediante un acto unilateral.

Las segundas deben ser creadas y organizadas por la ley, ordenanzas o acuerdos; esto significa que mediante normas de rango nacional, departamental o municipal, se crea y además se estructura esta clase de entidades, por lo que es en estas normas donde debe buscarse su regulación, los elementos que las constituyen, el derecho aplicable, etc. Las entidades descentralizadas de carácter asociativo deben ser autorizadas por ley, ordenanza o acuerdo, pero su organización se hace a través de estatutos que son acordados por los miembros que las conforman. Para este último grupo, existe campo para los estatutos: reglas convenidas entre los miembros que constituyen la entidad, y que jerárquicamente estarán siempre por debajo de la norma que autoriza la creación de la entidad.

En relación con las entidades descentralizadas del orden nacional, en la Ley 489 de 1998 aparecen los elementos y las características de los diferentes tipos o categorías que allí se estructuran. Formalmente, esta es una ley ordinaria de manera que su fuerza normativa es la de cualquier otra ley. De este aserto se desprende entonces que la ley de creación de una nueva entidad puede optar por ordenar la aplicación de las reglas de uno cualquiera de los tipos de la Ley 489 de 1998, o también puede crearla en forma totalmente atípica sin ceñirse a lo dispuesto por esta, caso en el cual la ley especial de creación y organización de determinada

entidad descentralizada prima sobre la general, exceptuando su aplicación para ese caso concreto.

En la ley de autorización para la creación de una entidad descentralizada con carácter de asociación o de sociedad, es posible verificar las mismas dos situaciones anteriores, pues puede ordenar que se organice conforme a uno de los tipos definidos por la Ley 489 de 1998, caso en el cual esta se vuelve absolutamente obligatoria, pero también es viable que ordene crear una entidad descentralizada atípica o especial, por lo que los estatutos que se acuerden deberán desarrollar este mandato.

En el nivel departamental, distrital y municipal, la Ley 489 de 1998 se aplica directamente a las “*características y régimen de las entidades descentralizadas*”¹¹, por lo que la autorización para crear las de carácter asociativo o societario, deberá observar en primer lugar el tipo de entidad organizada y descrita por la Ley 489, en segundo lugar la ordenanza o acuerdo de creación o autorización y en tercer lugar los estatutos que organizan la entidad.

Entonces, por expreso mandato de la Ley 489 de 1998, tratándose de actos administrativos como son las ordenanzas o los acuerdos, la autorización para crear o autorizar entidades descentralizadas del nivel territorial deberá observar tales disposiciones legales y, por lo mismo, no es jurídicamente viable autorizar en ese nivel la creación de entidades descentralizadas diferentes a las previstas en la Ley 489 o *atípicas*, como quiera que en la jerarquía normativa del Estado unitario (CP; Artículo 1), dichos actos administrativos solo serán válidos si se sujetan a la ley. En este sentido, debe recordarse que la autorización para la creación de una entidad descentralizada es expresión del principio de legalidad (CP, Artículos 6, 121 y 122)¹², ya que en el ámbito estatal la búsqueda del interés público o del beneficio común a través de tales entidades, no resulta de la voluntariedad y de la autonomía de la voluntad sino que corresponde a una competencia que debe ejercerse a través de ley, ordenanza o acuerdo, en los términos explicados.

Por último, ante la regulación especial que realiza el Estado para cierto tipo de actividades, si la ley sectorial estableció una tipología específica para los sujetos que participen en esas actividades (empresas de servicios públicos, empresas sociales del Estado, instituciones financieras, instituciones de educación superior, etc.), las entidades territoriales deberán atender los mandatos de la ley especial al momento de crear entidades descentralizadas para que participen en ese sector. Sobre este aspecto se volverá más adelante.

Establecido el límite de las competencias de organización con el que cuentan el Congreso de la República, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales para escoger el tipo de entidad que desarrollará la actividad que se les asigna en el acto de creación o autorización, y dado que la consulta alude a las sociedades de economía mixta y las entidades descentralizadas indirectas de

¹¹ Artículos 2° y 39, Ley 489 de 1998.

¹² El Principio de legalidad es un postulado esencial del Estado Social de Derecho y de toda manifestación del poder público conforme al cual será legítima la actuación de las autoridades en cuanto se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por el legislador, por lo que se proscriben las actuaciones de los servidores públicos que impliquen omisión o extralimitación en el ejercicio de las mismas. Está previsto en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política, así: Artículo 6. “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”. //Artículo 121. “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley”.//Artículo 122. “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en Ley o reglamento...”

participación mixta, tipologías propias del derecho público, corresponderá analizar la normativa que regula su *creación* o *autorización*, así como su *organización*.

3. La autorización para crear sociedades de economía mixta

3.1. Debe ser “concreta y específica”

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

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

En los departamentos las Asambleas también pueden autorizar la creación de sociedades de economía mixta de ese orden territorial, por expresa disposición del numeral 7 del artículo 300 CP, transcrito en el punto anterior, en concordancia con los artículos 49, 68, 69 y 97 de la Ley 489, entidades que hacen parte de la estructura de la Administración departamental.

Concretamente lo expuesto se ve ratificado con lo establecido en el artículo 98 de la Ley 489 de 1998, a saber:

“Artículo 98.- Condiciones de participación de las entidades públicas.- En el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones para la participación del Estado que contenga la **disposición que autorice** su creación, el carácter nacional, **departamental**, distrital o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella”. (Resalta la Sala).

De la naturaleza de las sociedades de economía mixta y de su regulación jurídica se desprende que la ley o la ordenanza no puede crear directamente una sociedad de economía mixta, porque para que esta llegue a existir se requiere del concurso de particulares, de cuya voluntad para asociarse con el Estado no puede disponer el legislador, como tampoco de sus eventuales aportes patrimoniales a la sociedad. Es por ello que, para constituir una sociedad de economía mixta, de ordinario se necesitará de una autorización al ejecutivo que se origina en la corporación pública correspondiente. A partir de dicha autorización el ejecutivo nacional o departamental, según el caso, y los representantes del sector privado concertados para constituir la sociedad, suscribirán la correspondiente escritura pública, que es la forma prescrita por la ley para crear una sociedad de economía mixta. El acto de autorización, ley u ordenanza, deberá determinar los bienes o recursos públicos que aportará el Estado a la sociedad proyectada.

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

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

La Corte Constitucional, al interpretar el artículo 150 numeral 7 de la Carta política, relacionado con la mencionada autorización, ante una demanda contra el artículo 14 de la Ley 88 de 1993 que autorizaba aportes de la Nación a unas entidades¹³, expresó:

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

Y por ser particular y concreto **tiene que referirse a una sociedad determinada, individualizada.** Como lo señala el artículo 8o. del decreto 1050 de 1968, en tratándose de sociedades de economía mixta, **"el grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado** en esta clase de sociedades se determinan en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social".

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

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

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

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

(...)

Además, obsérvese que la expresión utilizada por la norma ‘que se creen’, abre unas **posibilidades ilimitadas** en cuanto al número, la magnitud, la naturaleza, la composición del capital, etc. ¿Se crearán cien empresas, o un millar? ¿Cuál será el capital de cada una de ellas, y cuál la participación de la Nación en ese capital? ¿Cuántas serán empresas industriales y comerciales del Estado y cuántas

¹³ "Artículo 14.- La Nación podrá capitalizar, directa o indirectamente, a las entidades públicas del orden nacional. Dentro de dicha capitalización se podrán incluir los aportes que se efectúen o se hayan efectuado por parte de la Nación.

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

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

sociedades de economía mixta? ¿Y cuál será el tipo de estas últimas: anónimas o de responsabilidad limitada? ¿Cuántos centenares de miles de millones o cuántos billones de pesos, podrá destinar la Nación a su participación en tales empresas? ¿Predominará en ellas el aporte privado o el público? ¿Habrá en ellas inversión extranjera, y en qué proporción frente a los aportes nacionales, y especialmente frente a los estatales? En fin, un mandato, porque nada menos es lo que contempla el artículo 150, numeral 7, **no podrá jamás conferirse en términos tan generales**, porque a la hora de exigir responsabilidades al mandatario no habrá manera de comprobar si se ciñó a él o se extralimitó.

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

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

A todo lo cual hay que agregar que el conferir la facultad para constituir empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta, es asunto que no se refiere a la misma materia que el Presupuesto. Tal autorización debe ser objeto de una ley, y no un artículo más o menos oculto en una ley cuya finalidad es diferente. Por este aspecto, el inciso tercero quebranta el artículo 158 de la Constitución. En casos como este, debe **primeramente** existir la ley que autorice la constitución de la sociedad; **después**, habiendo ley preexistente, se hará en el Presupuesto la apropiación correspondiente. Es lo que ordena el inciso segundo del artículo 346, al decir que en la Ley de Apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un gasto decretado conforme a la ley anterior".¹⁴ (Paréntesis textual. Se resalta).

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

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

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

De acuerdo con lo arriba expuesto, las sociedades de economía mixta, atendida su naturaleza societaria, no se crean unilateralmente por parte del Estado mediante un acto suyo, como podría ser una ley o una ordenanza. Es necesaria la celebración de un contrato de sociedad, en los términos del artículo 98 del C.Co.,

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C – 357 de 1994.

en el cual la administración, para poder suscribirlo, necesita de una autorización de la ley u ordenanza que, como se ha visto, debe ser especial y expresa para el tipo de sociedad de que se trate en particular. Sobre estos presupuestos, en el contrato constitutivo de la sociedad el Estado deberá manifestar tanto su ánimo de asociarse como el de hacer efectiva la participación económica mediante la suscripción de su aporte al capital social, en los montos autorizados igualmente por el legislador o la Asamblea Departamental.

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

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

De su regulación constitucional y legal, así como de la jurisprudencia constitucional sobre la materia¹⁵, la Sala extractó, en el Concepto 1921 del 23 de septiembre de 2008, las características principales de las sociedades de economía mixta, que se reiteran y precisan a continuación:

- i.* Son entidades **autorizadas** por la ley, si son del orden nacional (Artículo, 150-7 C.P.), o por una ordenanza de la Asamblea si pertenecen al nivel departamental (Artículo, 300-7 ibídem) o por un acuerdo del Concejo si son de carácter municipal (Artículo, 313-6 ibíd.);
- ii.* Deben revestir forma societaria conforme al Código de Comercio;
- iii.* Requieren de aportes tanto del Estado como privados en su capital;
- iv.* Su objeto social consiste en desarrollar actividades industriales o comerciales y, por lo mismo, tiene ánimo de lucro;
- v.* En principio se rigen por las reglas del derecho privado, salvo las excepciones legales, y
- vi.* Están vinculadas a la administración como integrantes que son del sector descentralizado, y en consecuencia quedan sujetas a los controles administrativos correspondientes (Ley 489 de 1998, Artículos 103 y 105).

¹⁵ Entre otras, además de las sentencias C – 629 de 2003 y C – 784 de 2004 ya citadas, pueden verse las sentencias C – 953 de 1999, C- 736 de 2007 y C- 910 de 2007.

En consecuencia, la Sala reitera su doctrina¹⁶ en el sentido de que las sociedades de economía mixta de índole nacional, departamental o municipal, en forma alguna pueden ser calificadas como personas jurídicas de derecho privado dado que resulta por completo ajeno a la creación de tales sujetos de derecho privado la exigencia, por parte del ordenamiento jurídico, de una ley, ordenanza o acuerdo que de manera expresa y particular autorice su creación o la participación del Estado en esas personas jurídicas para su conversión.

4. Creación de entidades descentralizadas sin ánimo de lucro de carácter mixto

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

“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 de 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”. (Se subraya).

Como se aprecia en la norma transcrita, la iniciativa para constituir las emerge, necesariamente, del Estado, y puede apuntar a *“la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas”*. Prescribe el artículo 96 de la Ley 489 que “Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.”

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 2025 del 8 de septiembre de 2011 y 2217 del 22 de septiembre de 2014.

Cuando en aplicación del artículo 96 *ibídem* surjan personas jurídicas mixtas sin ánimo de lucro, dispone la ley que se sujetarán en su organización a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común, y que en el acto que les de origen se dispondrá sobre: los objetivos y actividades a cargo; los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas; la participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad; la integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares; la duración de la asociación y las causales de disolución.

En este sentido se evidencia que la Ley 489 de 1998 distingue para el caso de las personas jurídicas de participación mixta, la *norma* que autoriza su *creación del acto de organización*, tal como lo señaló la Sala en el Concepto 1815 de 2007 y ya fue explicado en este concepto en relación con la creación y constitución de las sociedades de economía mixta.

Ciertamente, la creación de una persona jurídica de participación mixta se enmarca en el campo de la estructura de la Administración que se modifica y aumenta al entrar a formar parte de ella una entidad nueva por iniciativa de la Administración y con recursos provenientes del Estado, esto es, recursos públicos. Como se ha señalado, la definición de esa estructura es competencia reservada al Congreso, a las asambleas y a los concejos, a partir de una iniciativa que corresponde, en cada caso, al Ejecutivo del respectivo orden administrativo, tal como se expuso suficientemente en los acápites anteriores de este concepto.

En consecuencia, tratándose de una persona jurídica mixta de las previstas en la norma que se comenta, su creación ha de tener origen, necesariamente, en una entidad estatal ya existente, que concurre al acto con particulares, por lo que se está en presencia de una entidad descentralizada indirecta o de segundo grado. En esta hipótesis también se requiere de autorización estatal previa para cada caso: del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal, según el parágrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998. Al respecto, sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-230 de 1995, en la cual, expuso:

“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. Por lo tanto, son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos (...).”

En suma, el nacimiento de una entidad descentralizada indirecta sin ánimo de lucro de participación mixta exige, además de la disposición estatal que autoriza su creación, de un acto constitutivo que le dé origen (*acto de organización*), el cual debe reunir, como mínimo, los requisitos y condiciones estipulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Como lo dijo la Sala en el Concepto 1766 de 2006, en su carácter de entidades descentralizadas indirectas deberán adscribirse a un organismo o ente del sector central, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 489, pues la conexidad que debe existir entre el objeto de la misma y las funciones o cometidos de las entidades estatales que en ella participen, exigen un control de los

organismos del nivel central, para de esta manera garantizar la coherencia de los proyectos que estas desarrollen con la política del sector al cual pertenezcan (Ley 489 de 1998, artículos 103 y 105). Lo anterior, sin perjuicio del control que se ejerza a través de la participación de las entidades públicas en la dirección de la fundación mixta en los términos del artículo 109 de la Ley 489 de 1998, en concordancia con el artículo 96 ibídem.

Así mismo, la entidad descentralizada indirecta sin ánimo de lucro de participación mixta estará sujeta a las reglas presupuestales y de control fiscal propias de tales entidades.

De manera general debe recordarse que los artículos 345, 346 y 347 C.P., ordenan que en tiempo de paz no podrá hacerse erogación alguna con cargo al tesoro público que no esté incluida en el presupuesto de gastos o ley de apropiaciones, como tampoco podrá percibirse ingreso que no figure en el presupuesto de rentas; que en la ley de apropiaciones no podrán incluirse sino las partidas que correspondan a créditos judicialmente reconocidos, a gastos decretados conforme a ley anterior o a gastos propuestos por el gobierno para la debida atención de las ramas del poder público, el servicio de la deuda o el plan de desarrollo; y que el proyecto de ley de apropiaciones debe contener la totalidad de los gastos proyectados para la vigencia correspondiente. En concordancia con lo anterior, el artículo 353 C.P., dispone que los principios y disposiciones en materia presupuestal se aplicarán a las entidades territoriales para la elaboración, aprobación y ejecución del presupuesto.

Por su parte, el artículo 105 de la Ley 489 de 1998 dispone que el presupuesto anual de las entidades descentralizadas debe “someterse a los trámites y aprobaciones señalados en la Ley Orgánica del Presupuesto”. Así las cosas, la entidad territorial que concurre al acto de constitución de la entidad descentralizada indirecta sin ánimo de lucro de participación mixta, debe observar todas las reglas presupuestales que le permitan realizar el aporte a la nueva persona jurídica mixta, con cargo a la apropiación correspondiente en el presupuesto de la entidad territorial. Y una vez constituida y en funcionamiento la entidad descentralizada, debe observar el citado artículo 105 de la Ley 489.

En cuanto al control fiscal, el artículo 267 CP dispone que corresponde a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación, la cual es de carácter posterior e incluye un ejercicio de control financiero y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

Por su parte, la Ley 42 de 1993, “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, indica que entre los sujetos de control fiscal se encuentran “las sociedades de economía mixta, las empresas industriales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con estos” (Artículos 2 y 49. Subraya la Sala).

El control fiscal se define como una función pública de vigilancia de “la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles”, la cual se ejerce por parte de “la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales” (artículo 4).

En tal sentido, el Contralor General de la República cuenta con la atribución de “exigir informes sobre su gestión fiscal a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación” (artículo 268 CP), así como también cuentan con esta facultad, dentro del ámbito de su jurisdicción, los contralores departamentales, distritales y municipales (artículo 271 CP).

Encuentra la Sala que de manera general las fundaciones de carácter mixto son sujetos de vigilancia fiscal. Al respecto dispone el Decreto Ley 267 de 2000:

“Artículo. 4º- Sujetos de vigilancia y control fiscal. Son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República: (...) 11. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones mixtas cuando quiera que administren recursos de la Nación”

En consecuencia, las entidades descentralizadas indirectas sin ánimo de lucro de participación mixta están en el ámbito del derecho público, hacen parte de la estructura de la Administración sujetas a los controles correspondientes (Artículos 103, 105 y 109, Ley 489), y a las reglas presupuestales y de control fiscal propias de tales entidades, según se ha explicado y, por lo mismo, no pueden ser consideradas como personas jurídicas privadas.

En tal sentido cobra vigencia la siguiente consideración doctrinal:

“(...) resulta necesario tener presente que en el ámbito del Estado social y democrático de derecho, las fórmulas organizativas no son expresiones huecas de contenido o simplemente neutras; por ello, habrá de dilucidarse, en casos específicos, si una fórmula institucional entre varias constitucional y jurídicamente posibles, resulta más apropiada para alcanzar los propósitos, cometidos y finalidades conforme a los principios de la actividad estatal o para la garantía y preservación de los derechos fundamentales de los asociados.

(...) En fin, en la escogencia de modalidades institucionales y los consecuentes regímenes de derecho de derecho privado, debe constatarse que la utilización de los mismos no se encamine a ‘huir’ de manera indebida de la preceptiva *juspublicista* a la búsqueda de un ‘refugio’ para evadir el régimen de imperativo cumplimiento y los controles propios de la gestión pública. Al respecto cabe recordar que todo bien público conserva esa naturaleza sin importar el régimen jurídico que se aplique a la actividad a la cual se encuentre afectado y la actividad de derecho público se preserve como tal a pesar de la fisonomía jurídica del gestor”¹⁷.

Conforme a lo expuesto las entidades descentralizadas indirectas sin ánimo de lucro de participación mixta no podrán ser calificadas como personas jurídicas de derecho privado, dado que resulta por completo ajeno a la creación de sujetos de derecho privado la exigencia de una ley, ordenanza o acuerdo que de manera expresa y particular autorice su creación o la participación del Estado en esas personas jurídicas, así como la observancia de reglas presupuestales públicas o la vigilancia fiscal de sus actividades, toda vez que en las personas jurídicas de derecho privado jamás podrá haber aporte alguno del Estado, criterio recientemente reiterado por la Sala en el Concepto 2217 del 11 de septiembre de 2014.

Las entidades descentralizadas indirectas de participación mixta tampoco podrán asimilarse a las sociedades de economía mixta, no solo por la evidente circunstancia fáctica y jurídica de tener una tipología legal diferente, razón por si

¹⁷ TAFUR GALVIS, Álvaro. “Constitución política y potestad organizatoria”. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2011.

sola suficiente si se considera el efecto útil de la ley que realiza la distinción, sino por *i*) su naturaleza jurídica predeterminada en la ley (la una como fundación y la otra como sociedad comercial), y *ii*) por su finalidad y objeto, que en el caso de la fundación es sin ánimo de lucro y corresponde a un cometido estatal de interés público asignado a la entidad pública constituyente, en tanto que para la sociedad de economía mixta su objeto consiste en desarrollar una actividad industrial y/o comercial y, por lo mismo, tiene ánimo de lucro.

Los criterios expuestos en precedencia servirán para analizar si conforme a la tipología normativa prevista en la Ley 30 de 1992 para las instituciones que prestan el servicio público de educación superior, resulta posible la creación y reconocimiento de instituciones de educación superior de carácter mixto y asemejarlas a las sociedades de economía mixta, para de esta manera proceder a resolver las preguntas planteadas en la consulta.

D. El servicio público de educación superior y las instituciones que lo prestan en la Constitución Política de 1991

El artículo 67 de la Constitución Política consagra la educación como un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social, con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura, así como la formación de las personas en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia, en la práctica del trabajo, en el mejoramiento cultural, científico y tecnológico y en la protección del ambiente.

En el mismo artículo, la Constitución le otorga al Estado la obligación de regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, el cumplimiento de sus fines y la formación moral, intelectual y física de los educandos.

Igualmente se dispone que la Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales en los *“términos que señalen la Constitución y la ley”*.

Por su parte, el artículo 69 de la Carta, garantiza la autonomía universitaria y el acceso de todas las personas aptas a la educación superior, así:

“Artículo 69.- Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.

“La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.

“El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo.

“El Estado facilitará los mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas para la educación superior.” (Negrilla fuera de texto).

Como puede advertirse sin dubitación, la Carta Política defiere a la ley el establecimiento del régimen jurídico de las universidades, en particular de las del Estado.

1. Ley 30 de 1992¹⁸, por la cual se organiza el servicio público de Educación Superior, norma especial y prevalente

En concordancia con los postulados constitucionales la Ley 30 de 1992 estableció que la educación superior es un servicio público cultural, inherente a la finalidad social del Estado, desarrolló la autonomía constitucionalmente reconocida a las universidades y reorganizó este servicio con miras a evitar la proliferación de instituciones de carácter oficial que no respondían académica ni financieramente a las necesidades y capacidad de la Nación y los entes territoriales, proceso que se había iniciado con el Decreto Ley 80 de 1980, tal como lo recordó la Sala en el Concepto 1886 de 2008.

Por tanto, la Ley 30 de 1992 es el estatuto básico u orgánico al cual que deben ceñirse las instituciones de educación superior estatales u oficiales, tal como lo dispone el artículo 61 de esa ley:

“Artículo 61. Las disposiciones de la presente ley relativas a las instituciones estatales u oficiales de educación superior, constituyen el estatuto básico u orgánico y las normas que deben aplicarse para su creación, reorganización y funcionamiento. A ellas deberán ajustarse el estatuto general y los reglamentos internos que debe expedir cada institución. Aquellos establecerán cuáles de sus actos son administrativos y señalarán los recursos que proceden contra los mismos”.

De esta manera, en aplicación del principio de legalidad cuando una autoridad del orden nacional o territorial pretenda satisfacer una necesidad pública en materia de educación superior y opte por la creación u organización de una institución estatal de educación superior, deberá acudir a las reglas específicas que para el efecto prevé la Ley 30 de 1992, en particular respecto a la tipología que esa misma ley dispone para tales instituciones.

2. Tipología de las instituciones de educación superior en la Ley 30 de 1992

El artículo 16 de esta Ley clasifica las instituciones de educación superior en tres categorías: “a) *Instituciones técnicas profesionales*. b) *Instituciones universitarias o escuelas tecnológicas* y, c) *Universidades*”.¹⁹

Por su parte, el artículo 23 de la Ley 30 de 1992 establece que:

¹⁸ Diario Oficial 40.700 del 29 de diciembre de 1992.

¹⁹ La Ley 115 de 1994, por la cual se expidió la Ley General de Educación, dispone adicionalmente: “**Artículo 213.-** *Instituciones tecnológicas*. Las actuales Instituciones Tecnológicas y las que se reconozcan con arreglo a ley son Instituciones de Educación Superior.

Estas instituciones están facultadas legalmente para ofrecer programas de formación en ocupaciones, programas de formación académica en disciplinas y programas de especialización en sus respectivos campos de acción.

A los títulos que expidan por los programas ofrecidos se les antepondrá la denominación de “Técnico Profesional en...”, si se refiere a ocupaciones. Si hacen relación a disciplinas académicas, al título se le antepondrá la denominación de “Tecnólogo en...”.

Las instituciones tecnológicas tendrán un representante en el Consejo Nacional de Educación Superior - CESU- que será escogido de acuerdo con lo dispuesto por el reglamento que expida el Gobierno Nacional.

Para todos los efectos de la Carrera Administrativa se tendrá en cuenta el cargo y el Título de Tecnólogo.

Se deroga el Artículo 139 de la Ley 30 de 1992”.

“Artículo 23. Por razón de su **origen**, las instituciones de Educación Superior se clasifican en: Estatales u Oficiales, Privadas y de Economía Solidaria”. (Resalta la Sala).

Nótese como en la tipología prevista en la ley para las instituciones de educación superior no se aprecia la posibilidad del origen mixto de las mismas. No obstante, podría pensarse que al establecer la tipología específica de las de carácter estatal u oficial, allí podrían encontrarse este tipo de instituciones. Al respecto, el artículo 58 de la Ley 30, dispone:

“**Artículo 58.-** La creación de universidades estatales u oficiales y demás instituciones de educación superior **corresponde** al Congreso Nacional, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales o a los Concejos Municipales, o a las entidades territoriales que los creen, con el cumplimiento de las **disposiciones de la presente ley**.”

Al proyecto de creación debe acompañarse por parte del Gobierno un estudio de factibilidad socioeconómico aprobado por el Ministerio de Educación Nacional, previo concepto favorable del Consejo Nacional de la Educación Superior (CESU)”. (Negrilla fuera de texto).

Como puede apreciarse existe perfecta armonía entre la norma transcrita y lo expuesto en este concepto sobre la creación de una entidad estatal, en los términos de los artículos 150-7 y 300-6 CP, en el sentido de que la Constitución Política ha determinado que las entidades y organismos públicos únicamente pueden ser creados por decisión del Estado, jamás por decisión de los particulares. Igualmente, es claro que el ejercicio de la potestad de creación de una institución de educación superior estatal u oficial debe observar las disposiciones de la Ley 30 de 1992, en particular la tipología que ella ha establecido, dada su especialidad en la materia, de donde se sigue su carácter prevalente.

Sobre la naturaleza jurídica de las instituciones de educación superior estatales u oficiales, esa Ley ordenó:

“**Artículo 57.** Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: Personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.

El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley .

Parágrafo. Las instituciones estatales u oficiales de Educación Superior que no tengan el carácter de universidad según lo previsto en la presente ley, **deberán organizarse como Establecimientos Públicos del orden Nacional, Departamental, Distrital o Municipal.**”(Negrilla fuera de texto).

De conformidad con lo expuesto, la Sala arriba a las siguientes conclusiones:

a. Las instituciones estatales u oficiales de educación superior solo pueden tener la naturaleza de entes universitarios autónomos –

universidades estatales, y las que no tengan ese carácter serán establecimientos públicos²⁰ del orden nacional, departamental o municipal;

b. Dada su naturaleza de entes universitarios autónomos o establecimientos públicos, tales entidades únicamente pueden ser creadas por iniciativa y decisión del Estado, mediante ley, ordenanza o acuerdo, según el caso;

c. En la tipología prevista en la Ley 30 de 1992 para que el Estado cree y organice una institución de educación superior, no se previó la posibilidad de que el Estado preste ese servicio público en asocio o concurrencia con los particulares. La decisión legislativa vigente es que la prestación del servicio público de educación superior corresponda directamente al Estado a través de entes universitarios autónomos o establecimientos públicos, o a los particulares a través de universidades privadas o de economía solidaria (Artículos 23, 57, 58 y 96 de la Ley 30);

d. La decisión legislativa de que los particulares no sean consocios del Estado para la prestación del servicio público de educación superior, explica la razón por la cual no se incluye dentro de la tipología de la Ley 30 de 1992 relativa a las universidades estatales u oficiales, a instituciones de educación superior mixtas y mucho menos sociedades de economía mixta o fundaciones de carácter mixto, como posibles prestadoras del mencionado servicio;

e. A pesar de la naturaleza estatal de las sociedades de economía mixta y las fundaciones de carácter mixto, en ningún caso pueden ser asimiladas a los entes universitarios autónomos o a los específicos establecimientos públicos que prestan el servicio de educación superior, toda vez que como se ha expuesto en este concepto, la Ley 489 de 1998 ha establecido que tales sociedades o fundaciones tienen naturaleza, objeto y fines diferentes;

f. Podría plantearse la hipótesis de que en vigencia de la Ley 30 de 1992, el Congreso de la República expidiera una ley que autorizara la creación de una persona jurídica mixta para prestar el servicio público de educación superior. En los términos expuestos por la Sala en este concepto se estaría en presencia de una entidad *atípica* frente a lo previsto en la Ley 30 de 1992, sin perjuicio del examen concreto de constitucionalidad de la hipotética ley.

Lo que no resulta posible mientras la Ley 30 esté vigente, es que una entidad territorial tenga la competencia para autorizar mediante ordenanza o acuerdo la creación de una persona jurídica de carácter mixto para prestar el servicio público de educación superior, bien sea sociedad o fundación, toda vez que en virtud del principio de jerarquía normativa dicha competencia solo puede

²⁰ Ley 489 de 1998, Artículo 70. Los establecimientos públicos son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público, que reúnen las siguientes características:

a. Personería jurídica;

b. Autonomía administrativa y financiera;

c. Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, el producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, en los casos autorizados por la Constitución y en las disposiciones legales pertinentes”.

ejercerse válidamente si la institución de educación superior del nivel territorial tiene la naturaleza de ente universitario autónomo o establecimiento público, por expreso mandato de los artículos 23, 57, 58 y 61 de la Ley 30 de 1992, en concordancia con los artículos 69, 209, 210 y 300-7 CP.

Recuerda la Sala que con la expedición de la Ley 30 de 1992, se reguló integralmente la educación superior y que, en los precisos términos del Legislador, constituye el estatuto básico y general aplicable a todas las instituciones de educación superior de carácter estatal u oficial (artículo 61), cuyo régimen en materia de organización exige a las que no tengan el carácter de ente universitario autónomo, la obligación legal de constituirse como establecimientos públicos del orden nacional, departamental, distrital o municipal (artículo 57), sin que en manera alguna se prevea la posibilidad de la existencia de instituciones de educación superior mixtas (artículo 23), en ninguno de esos niveles.

No escapa a la Sala que la necesidad de una reforma legislativa para permitir la prestación del servicio público de educación superior por personas jurídicas mixtas, fue considerada en su momento en el proyecto de ley que para tal fin se presentó al Congreso de la República en el año 2011. Ciertamente, se observa en lo que fue el proyecto de ley 112 de 2011, lo siguiente²¹:

“Artículo 9. El Sistema de Educación Superior está conformado por el conjunto de entidades, instituciones, órganos y demás personas naturales y jurídicas públicas, privadas y mixtas que interactúan entre sí y con la sociedad para el desarrollo de la Educación Superior en el país, con políticas y normas definidas y diversidad de recursos”.

Por su parte, se proponía en el artículo 20 del proyecto:

“Artículo 20. Por razón del origen de sus recursos, las Instituciones de Educación Superior serán estatales, privadas o mixtas.

Las estatales o mixtas se someterán a lo dispuesto en esa ley y demás normativa aplicable y serán constituidas por ley, ordenanza o acuerdo que garantice los recursos para su funcionamiento, previo concepto favorable del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o de la Secretaría de Hacienda de la entidad territorial respectiva...”.

Si bien en la exposición de motivos no se revelaban las razones para incluir a las instituciones de educación superior mixtas, en lo que se denominó “mesas de diálogo con estudiantes” se aprecia la siguiente mención²²:

“Bogotá, 27 de octubre de 2011. MEN. Desde las 8:30 a.m. de este jueves 27 de octubre, la ministra de Educación, María Fernanda Campo; y el viceministro de Educación Superior, Javier Botero Álvarez, lideraron la quinta mesa de diálogo entre el Ministerio de Educación y los estudiantes para escuchar a los jóvenes frente a la reforma a la educación superior.

Durante el encuentro, en el que participaron cerca de 10 personas, entre estudiantes y directivos de instituciones de educación superior, y donde se recibieron más de 30 preguntas y comentarios a través de las redes sociales, se habló sobre la polémica que ha suscitado el proyecto de Ley frente a la creación

²¹ Recuperado de <http://mineduccion.gov.co/cvn>. Consultada el 19 de mayo de 2015.

²² <http://www.mineduccion.gov.co/cvn/1665/w3-article-287432.html>. Consultado el 1 de junio de 2015

de instituciones de educación superior mixtas y su relación con la privatización y el ánimo de lucro.

Al respecto, el viceministro Botero reiteró que producto de las mesas de diálogo que se han realizado, se acordó llevar la propuesta al Congreso de dejar explícito lo que significa una institución de educación superior mixta, así como dejar claro, también, que las universidades públicas, no podrán convertirse en instituciones mixtas. "El proyecto de Ley deja claro que las instituciones privadas serán sin ánimo de lucro y que a las instituciones de educación superior mixtas se les aplicará el régimen de las privadas, es decir, sin ánimo de lucro", puntualizó Botero".

De las previsiones del proyecto de ley, así como de las discusiones que la iniciativa generó, nuevamente se evidencia que a la luz de la Ley 30 de 1992 no es jurídicamente viable la existencia de instituciones de educación superior de origen o naturaleza mixta, al punto que se requería de dicha reforma legislativa para permitir su participación en el servicio público de educación superior.

Y, se reitera, a pesar de la naturaleza estatal de las sociedades de economía mixta y las fundaciones de carácter mixto, en ningún caso pueden ser asimiladas a los entes universitarios autónomos o a los específicos establecimientos públicos que prestan el servicio de educación superior, toda vez que como se ha expuesto en este concepto, la Ley 489 de 1998 ha establecido que tales sociedades o fundaciones tienen naturaleza, objeto y fines diferentes.

E. Recomendaciones de la Sala: Competencias del Ministerio de Educación Nacional frente a la prestación del servicio de educación superior por una persona jurídica de participación mixta

Ante la imposibilidad legal de que el servicio público de educación superior sea prestado por una persona jurídica mixta (bien sea sociedad o fundación) en los términos expuestos en este concepto, estima la Sala que en el evento de verificarse tal situación en la realidad fáctica, la Ley 1740 de 2014 permite al Ministerio de Educación Nacional (MEN), ejercer las competencias allí establecidas para la prestación regular de dicho servicio.

Esa ley "por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 67 y los numerales 21, 22 y 26 del artículo 189 de la Constitución Política, se regula la inspección y vigilancia de la educación superior, se modifica parcialmente la Ley 30 de 1992 y se dictan otras disposiciones", prevé que su finalidad es establecer las normas de la inspección y vigilancia de la educación superior en Colombia, para velar por la calidad de este servicio público, su continuidad, la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos, el cumplimiento de sus objetivos, el adecuado cubrimiento del servicio y porque en las instituciones de educación superior sus rentas se conserven y se apliquen debidamente, garantizando siempre la autonomía universitaria constitucionalmente establecida (Ley 1740, artículo 1).

En cuanto a la inspección y vigilancia se prevé que será de carácter preventivo y sancionatorio y se ejercerá para velar por los siguientes objetivos: "1. El cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la prestación o administración del servicio público de educación por parte de las instituciones de educación superior // 2. El cumplimiento de los estatutos y reglamentos de las instituciones de educación superior y del régimen legal especial, si lo hubiere" (artículo 3).

De esta manera, observa la Sala que la Ley 1740 de 2014 dispone las siguientes funciones de vigilancia:

“Artículo 9°. Funciones de vigilancia. En ejercicio de la facultad de vigilancia de las instituciones de educación superior, el Ministerio de Educación Nacional, podrá:
(...)

5. Verificar que las actividades se desarrollen dentro de la ley, los reglamentos y los estatutos de la institución de educación superior y solicitar la cesación de las actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico o a los estatutos.

6. Solicitar la rendición detallada de informes respecto de las decisiones adoptadas en temas relativos a su situación jurídica, contable, financiera y administrativa, o en aspectos relacionados con las condiciones de calidad establecidas en la normatividad vigente.

7. Hacer acompañamiento a la institución de educación superior, para la implementación de medidas encaminadas al restablecimiento de la continuidad del servicio o el mejoramiento de su calidad...”

Por su parte, el artículo 10 de la mencionada ley dispone una serie de medidas preventivas que puede adoptar el MEN para garantizar que el servicio público de educación superior se preste de conformidad con la normatividad vigente, a saber:

“Artículo 10. Medidas preventivas. El Ministerio de Educación Nacional, en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia de la educación superior, podrá adoptar, mediante acto administrativo motivado, una o varias de las siguientes medidas de carácter preventivo, con el fin de promover la continuidad del servicio, el restablecimiento de la calidad, el adecuado uso de las rentas o bienes de las instituciones de educación superior de conformidad con las normas constitucionales, legales y reglamentarias, o la superación de situaciones que amenacen o afecten la adecuada prestación del servicio de educación o el cumplimiento de sus objetivos, sin perjuicio de la investigación y la imposición de las sanciones administrativas a que haya lugar:

1. Ordenar la presentación y adopción de planes y programas de mejoramiento encaminados a solucionar situaciones de irregularidad o anormalidad y vigilar la cumplida ejecución de los mismos, así como emitir las instrucciones que sean necesarias para su superación.
(...)

4. Señalar condiciones que la respectiva institución de educación superior deberá atender para corregir o superar en el menor tiempo posible irregularidades de tipo administrativo, financiero o de calidad que pongan en peligro el servicio público de educación”.

Observa la Sala que las normas transcritas otorgan instrumentos al Ministerio de Educación Nacional para superar situaciones fácticas o jurídicas que afecten la prestación del servicio público de educación superior, sin que se desconozcan las expectativas legítimas de los educandos al haberse matriculado en una institución aquejada por tales situaciones.

Con base en las consideraciones anteriores

III. LA SALA RESPONDE:

“2. Puede el Ministerio de Educación Nacional reconocer instituciones de Educación Superior de naturaleza diferente a las previstas en la Ley 30 de 1992, y asemejarlas a las sociedades de economía mixta?”

En la tipología de la Ley 30 de 1992 para que el Estado cree y organice una institución de educación superior, no se contempló la posibilidad de que preste ese servicio público en asocio con los particulares. La decisión legislativa vigente es que la prestación del servicio público de educación superior corresponda directamente al Estado a través de entes universitarios autónomos o específicos establecimientos públicos, o a los particulares a través de personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro que incluyen por supuesto las de economía solidaria.

Las instituciones estatales u oficiales de educación superior solo pueden tener la naturaleza de entes universitarios autónomos (universidades estatales), y las que no tengan ese carácter, serán establecimientos públicos del orden nacional, departamental o municipal. Tales entidades únicamente pueden ser creadas por decisión del Estado, mediante ley, ordenanza o acuerdo, según el caso.

A pesar de la naturaleza estatal de las sociedades de economía mixta, en ningún caso pueden ser asimiladas a los entes universitarios autónomos o a los específicos establecimientos públicos que prestan el servicio de educación superior, toda vez que, como se ha expuesto en este concepto, la Ley 489 de 1998 ha establecido que tales sociedades tienen naturaleza, objeto y fines diferentes por cuanto desarrollan actividades industriales o comerciales con ánimo de lucro.

“4. El Departamento de Casanare y otras entidades territoriales pueden crear instituciones de Educación Superior de carácter mixto no contempladas en la Ley 30 de 1992?”

Conforme a la respuesta anterior, no es posible crear instituciones de carácter mixto de educación superior, toda vez que la Ley 30 de 1992 no previó esa posibilidad.

En vigencia de la Ley 30 de 1992, las entidades territoriales no tienen competencia para autorizar mediante ordenanza o acuerdo la creación de una persona jurídica de carácter mixto para prestar el servicio público de educación superior, bien sea sociedad o fundación. En efecto, en virtud del principio de jerarquía normativa, dicha competencia solo puede ejercerse válidamente si la institución de educación superior del nivel territorial se crea como ente universitario autónomo o establecimiento público, en los términos de los artículos 23, 57, 58 y 61 de la Ley 30 de 1992, y en concordancia con los artículos 69, 209, 210 y 300, numeral 7, de la Constitución Política.

“1. Una institución de Educación Superior, creada y reconocida como institución de Educación Superior de carácter privado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 30 1992, está facultada para recibir recursos públicos? Y por ello, ser sujeto de control y revisión por parte de los entes de control del Estado?”

“3. La Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano-UNITROPICO-es de naturaleza pública o privada, atendiendo a que la misma ha recibido recursos públicos del Departamento de Casanare?”

La Sala debe declararse inhibida en relación con estas preguntas de conformidad con la aclaración previa expuesta en las consideraciones de este concepto.

Remítase al Ministro de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Presidente de la Sala

GERMÁN BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala