

LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS

Por Alvaro Tafur Galvis

(Comentarios al artículo 4º
del Decreto 3130 de 1968).

“Las personas jurídicas en las cuales participen la nación y entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, asociadas entre ellas o con particulares, cuando para tal efecto estuvieren debidamente autorizadas, serán clasificadas en el acto de su constitución dentro de las categorías que establece el Decreto 1050 de 1968, y en dicho acto también se precisará su pertenencia al orden nacional, departamental o municipal, según la naturaleza y ámbito de servicio, la proporción de las participaciones y la intención de sus creadores”.

“Igual regla se seguirá con respecto a las personas jurídicas que se creen por la Asociación de entidades descentralizadas, con o sin participación de personas privadas.

“Cuando la nación o los organismos descentralizados adquieren derechos o acciones en entidades que hasta el momento tenían el carácter de personas jurídicas de derecho privado, se harán inmediatamente si fuere el caso, las reformas estatutarias que las sometan al régimen que les corresponde conforme al Decreto 1050 de 1968 y al presente Decreto.

“Parágrafo.—Los supremos órganos directivos de las personas jurídicas existentes que hayan resultado de las participaciones contempladas en el presente artículo, procederán a definir la naturaleza de dichas entidades y el orden al cual pertenecen, conforme al inciso primero (1º) de la misma disposición”. (1)

El artículo transcrito complementó lo establecido por el Decreto 1050 de 1968 en cuanto a las entidades descentralizadas, y proyectó en sus últimas consecuencias la ideología informadora de la Reforma Administrativa del año pasado en lo relativo a la tutela Administrativa que respecto de aquellas entidades debe ejercer el poder central. En efecto, sólo determinándose el carácter de las personas jurídicas que surjan de la Colaboración o Asociación de las entidades descentralizadas entre sí o con particulares y señalando su posibilidad misma, puede el poder

(1) Artículo 4º, Decreto 3130 de 1968. Diario Oficial 32.687 de enero 17 de 1969.

central controlar eficaz y adecuadamente la actividad Administrativa y las inversiones económicas que ellas deben efectuar, sin menoscabar, claro está, la autonomía que engendra la descentralización a ellas reconocida.

I. CONCEPTO

Con la denominación de entidades descentralizadas indirectas se señalan una serie de Instituciones que si bien en principio no tienen el mismo origen de las simplemente llamadas entidades descentralizadas, sí tienen la misma naturaleza jurídica y están sometidas a idéntico régimen jurídico.

Normalmente las entidades descentralizadas surgen en virtud de creación directa por el legislador o autorización, también inmediata de éste; así, por ejemplo, es característica tanto de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, como de las sociedades de economía mixta que hayan sido “creados por la ley o con autorización de esta”. Según lo previsto en el artículo que nos ocupa, es posible que las entidades descentralizadas ya creadas hagan surgir mediante su participación, siempre y cuando tengan facultad suficiente, entidades que son descentralizadas como ellas, pero ya no, podríamos decir, en primero sino en segundo grado.

II. NATURALEZA JURIDICA

De acuerdo con la norma que comentamos, las entidades descentralizadas indirectas deberán ser clasificadas en el acto de su creación dentro de las categorías previstas por el Decreto 1050 de 1968. Según esta última norma, concordante con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 3130 de 1968, bajo la denominación común de entidades descentralizadas “por servicios” se comprenden tres categorías diferentes de entidades: los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta. Según su clasificación, las entidades descentralizadas indirectas tendrán, en cada caso, la naturaleza jurídica que corresponde a una de las tres categorías enunciadas.

III. CREACION

Las entidades descentralizadas indirectas pueden originarse en los siguientes eventos:

- A. Por participación de la Nación y entidades descentralizadas territorialmente (Departamentos y Municipios);
- B. Por participación de la Nación y entidades descentralizadas por servicios;
- C. Por participación de la Nación y entidades descentralizadas territorialmente y por servicios;

- D. Por asociación de entidades descentralizadas;
- E. En cualquiera de los supuestos anteriores, con intervención de personas privadas;
- F. En el caso previsto por el artículo 7º del Decreto 3130 de 1968;
- G. Cuando la Nación o entidades descentralizadas adquieran derechos o acciones en entidades originalmente privadas.

De las posibilidades de creación de entidades descentralizadas que acabamos de enunciar, es necesario analizar algunos aspectos sobresalientes.

Aunque se requiere que la Nación y las entidades descentralizadas que concurren a la creación de las entidades de que trata el artículo mencionado estén debidamente autorizadas —autorización que emana del legislador para las entidades nacionales— el acto de creación mismo es un acto convencional.

En este punto conviene tener presente que el artículo transcrito no prevé la creación por una sola entidad, sino que siempre exige el concurso de otras entidades o de particulares. Ese evento, sin embargo, se contempla en un artículo posterior del mismo decreto, cuando por un establecimiento público o una empresa industrial y comercial del Estado, con “la necesaria autorización legal o estatutaria”, se creen entidades con los objetivos propios de las fundaciones o Instituciones de utilidad común. La entidad así surgida tiene, por expreso ordenamiento del artículo 7º del Decreto 3130, el carácter de establecimiento público. Esta norma, de otra parte, a nuestro parecer no se acomoda a la juridicidad constitucional, toda vez que radica en las juntas directivas de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, facultades para crear verdaderos establecimientos públicos.

Cabe anotar que, según el artículo 29 del Decreto-Ley 1050 de 1968, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado sólo pueden crear sociedades o compañías entre sí o con otras personas en aquellos casos previstos en las leyes o autorizados por el Gobierno mediante decreto. De otra parte, ya en la reforma administrativa de 1958, la Ley 19 había previsto, a nuestro modo de ver, la existencia de estas entidades descentralizadas, como consecuencia de la participación de la Nación y los Departamentos con la finalidad de descentralizar servicios. Esos contratos, contando con la aprobación de las Asambleas Departamentales, podrían tratar sobre, entre otras cosas, las siguientes materias, según el artículo 20 de la Ley:

“Creación o reforma de organismos departamentales encargados de prestar cooperación técnica a los municipios o de administrar en los respectivos territorios servicios adscritos a entidades de carácter nacional”.

“Delegación a los departamentos de servicios que hoy se hallan a cargo de la Nación”.

“Asignación de Fondos del Tesoro Nacional para cubrir el costo de los servicios que se deleguen o para contribuir al sostenimiento de los organismos de que trata el ordinal a) de este artículo”.

Pero de estos contratos no siempre surgían entidades dotadas de personalidad jurídica, sino unidades que respondían más a las características propias de los Fondos, tal como ocurre con los organismos denominados Servicios Seccionales de Salud, que con fundamento en la norma transcrita y en el Decreto Ley 3224 de 1963 fueron organizados por el Decreto 1499 de 1966 como unidades técnicas y administrativas que en cada caso concreto se crean “por los contratos a que se refiere el artículo 20 de la Ley 19 de 1958”.

Estas unidades no son personas jurídicas porque la Ley no previó al autorizar su creación el otorgamiento a ellas de personalidad jurídica.

IV. PERTENENCIA A UNO DE LOS NIVELES DE LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

Como la legislación colombiana no permite la existencia de autoridades y organismos intermedios, es necesario que las entidades descentralizadas indirectas, en cualquiera de las categorías previstas, pertenezcan a uno de los órdenes Departamental o Municipal.

A efecto de determinar la pertenencia a uno cualquiera de esos órdenes, es necesario tener en cuenta, frente a cada caso concreto cuando en la creación concurren entidades pertenecientes a esos diferentes órdenes. Como lo prevé el mismo artículo 4º del Decreto 3130, los siguientes aspectos que pueden servir de criterio orientador:

_____ La naturaleza y el ámbito del servicio;

_____ La proporción de las participaciones;

_____ La intención de sus creadores.

No obstante estos criterios no son definitivos, sino, repetimos, simplemente orientadores; por eso en ocasiones y frente a los casos concretos será necesario agregar otras consideraciones para determinar la pertenencia de la entidad a un determinado orden. Efectivamente, puede suceder, por ejemplo, que por la naturaleza de los servicios aparezca como lógica la vinculación de la entidad al orden nacional, no así por el ámbito del servicio que puede ser el territorio de un departamento; puede ocurrir también que las participaciones financieras sean iguales. Tal vez de estos criterios el más determinante, por obvias consideraciones, sea la intención de sus creadores.

V. REGIMEN JURIDICO

Por vía general es quizá optimista, por decir lo menos, tratar de fijar el régimen jurídico a que se sujeten estas entidades descentralizadas, ya que él depende de las diferentes particularidades que obran en cada caso concreto.

No obstante lo anterior, es posible afirmar, con base en el mismo artículo 4º, que en principio el régimen jurídico de las entidades descentralizadas indirectas es el mismo que gobierna el funcionamiento y actividad, ya sea, según la clase, de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

Pero surge este interrogante:

¿El régimen jurídico propio de estas tres clases de entidades se aplica en su integridad a sus correspondientes dentro de la categoría de entidades descentralizadas indirectas?

A fin de despejar esta interrogación es necesario analizar los principales rasgos configurativos y el régimen jurídico aplicable a esas entidades descentralizadas indirectas o de 2º grado, según que ellas sean establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta, teniendo en cuenta las características reconocidas a cada una de estas últimas entidades por los Decretos 1050 y 3130 de 1968.

Vamos a utilizar como modelo de análisis al establecimiento público, anotando que los diferentes aspectos que se tratarán tienen la misma incidencia, guardando proporciones, respecto de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta.

Elementos característicos de los Establecimientos Públicos.

A las entidades descentralizadas indirectas, organizadas bajo la forma de establecimientos públicos, se pueden predicar en su totalidad los rasgos que se tienen como característicos de esta noción en la teoría general, a saber: personalidad jurídica, creación estatal, cumplimiento de funciones administrativas, primordialmente prestación de servicios públicos, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.

Una diferencia que tal vez cabría anotar entre las dos clases de establecimientos públicos, radica en la forma inmediata de su creación. En efecto, mientras los establecimientos públicos que no pertenecen a la categoría de entidades descentralizadas indirectas son generalmente creados por la ley, la ordenanza o el acuerdo, los establecimientos públicos que pertenecen a aquella son solo autorizados por la ley, la ordenanza y el acuerdo, según lo dejamos visto.

Régimen jurídico del Establecimiento Público.

El régimen jurídico al cual se sujetan tanto los establecimientos públicos que pertenecen a la categoría de entidades descentralizadas indirectas, como aquellos que no, en cuanto a los actos, operaciones y hechos administrativos, contratos y relación con las personas a su servicio, es idéntico.

Un aspecto en el cual sí es posible puntualizar diferencias entre las dos clases, es el referente a la organización interna y a la tutela administrativa que se deba ejercer sobre ellos. Veremos algunos casos en los cuales se puede presentar variación con el régimen general de los establecimientos públicos.

A. Integración de la Junta o Consejo Directivo.

Al integrar este órgano de dirección de la entidad, es necesario tener en cuenta dos factores: uno cualitativo y otro cuantitativo. Con fundamento en el primero, la Junta o Consejo Directivo debe estar integrada por representantes de las entidades que intervienen en la creación del nuevo establecimiento, y de acuerdo con el segundo, su composición debe reflejar la diferente influencia de aquellas, teniendo en cuenta la naturaleza y ámbito del servicio y sobre todo la proporción de las participaciones de cada una de ellas.

B. Presidencia de la Junta o Consejo Directivo.

La autoridad que debe desempeñar la Presidencia de la Junta o Consejo Directivo de un establecimiento público, perteneciente a la categoría de entidades descentralizadas indirectas, depende de la precisión que en el acto de su creación se haga sobre su pertenencia a cualquiera de los órdenes nacional, departamental y municipal.

Así, por ejemplo, el presidente será un Ministro o Jefe del Departamento Administrativo, si la entidad se declara como perteneciente al orden nacional.

C. Nombramiento del Gerente o Director.

A este aspecto es necesario tener en cuenta el orden al cual pertenezca la entidad, según lo establecido en el acto de su creación.

Lo anterior en cuanto la autoridad encargada de nombrar el Director o Gerente será diferente, según a la entidad que pertenezca el orden nacional, o al departamental, o al municipal.

En el primer caso será el Presidente de la República; en el segundo el Gobernador; en el tercero, salvo disposición de la ley, el Alcalde.

D. Adscripción de la Entidad.

La adscripción de la entidad a un Ministerio, a un Departamento Administrativo, al despacho del Gobernador o a una Secretaría, o al despacho del Alcalde, depende primordialmente del orden al cual ella pertenezca, según lo determinado en el acto de creación.

En este aspecto cabe agregar que si la entidad se considera adscrita al orden nacional, su Director o Gerente hará parte del Consejo Superior del correspondiente Ministerio.

E. Aprobación de Actos.

De conformidad con el régimen general de los establecimientos públicos, los principales actos expedidos por ellos (estatutos, presupuestos, estatutos de personal) deben ser aprobados o revisados por la autoridad titular de la tutela administrativa en cada caso concreto. Los establecimientos públicos de la categoría de las entidades descentralizadas indirectas, deben estar, obviamente, sujetos a esa misma exigencia que deben cumplirla, a nuestro modo de ver, ante el titular de la tutela administrativa, a través del organismo al cual estén adscritos.

Para finalizar este estudio, es necesario tratar de definir la naturaleza de la vinculación que conserva la entidad descentralizada indirecta con las entidades que hayan intervenido en su creación, o si esa vinculación desaparece. La solución afirmativa o negativa de esta cuestión es importante a nuestro entender, toda vez que ella implicaría nuevas variantes al régimen jurídico que hemos esbozado, principalmente en lo relacionado con la adscripción de la entidad y en general con el ejercicio de la tutela administrativa sobre ella.

Para buscar una definición al respecto, es necesario relacionar estos planteamientos:

Entender que las entidades que participan en la creación del nuevo establecimiento público lo hacen en virtud de potencialidad creadora propia y de la autonomía de ellas reconocida, aunque requieran en forma mediata una autorización legal. Si este supuesto es válido, necesariamente debe pensarse que las entidades creadoras conservarán cierto poder determinante sobre el nuevo organismo, contando, en consecuencia, con ciertos instrumentos para ejercer tutela administrativa sobre él.

Por el contrario, podría aceptarse que las entidades que intervienen en la creación del nuevo organismo son depositarias de voluntad del legislador, en virtud de la autorización legal a cada una de ellas, y por consiguiente el nuevo organismo debe entenderse como directamente creado por la ley, caso en el cual no se presentaría duda sobre el aspecto a que nos referimos.

Por último, si se aceptase que las entidades creadoras ejercen efectivamente un cierto poder determinante sobre la entidad creada, a través de sus respectivos representantes y delegados en la Junta o Consejo Directivo de aquella, esa ingerencia, sin embargo, puede entorpecer el legítimo y adecuado cumplimiento de las funciones de esos representantes, considerados ya como miembros de la Junta Directiva de la nueva entidad. Es necesario recordar que el 17 del ya citado Decreto 3130 de 1968, dispone que "todos los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los

establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado deberán obrar en los mismos, consultando la política gubernamental del respectivo sector y el interés del organismo ante el cual actúan.

Conciliando los dos planteamientos anteriores, podría concluirse que paralelamente a la tutela administrativa, cuya titularidad y ejercicio debe corresponder necesariamente a un Ministro o Jefe de Departamento Administrativo, se puede ejercer un control administrativo por parte de las entidades que hayan concurrido a la creación de una entidad descentralizada indirecta, a través de los representantes en la Junta o Consejo Directivo de ella, o mediante la revisión, por esas entidades, de ciertos actos de la entidad descentralizada de segundo grado.

