



OFICIO 220-245967 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2021

ASUNTO: APLANCAMIENTO DE EMPRENDIMIENTOS DE COLOMBAINOS EN EL EXTERIOR.

Me remito a la comunicación radicada en esta entidad con el número y fecha de la referencia, trasladada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, mediante la cual se solicita que se emita un concepto sobre los siguientes interrogantes:

- 1. ¿Existe la vía jurídica, acorde a legislación colombiana, para que el Estado pueda invertir recursos en empresas y/o sociedades jurídicas en el exterior que sean de colombianos residentes en el exterior?*
- 2. En caso de existir la posibilidad de crear un fondo para financiar y apalancar emprendimientos de colombianos en el exterior, ¿cuál sería la entidad competente para su creación, diseño y para la administración de estos recursos?*

Aunque es sabido, es oportuno reiterar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituidos por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, emite un concepto de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular, ni constituye asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto, se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad, como tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias administrativas o jurisdiccionales en un caso concreto.

Con el alcance indicado, procede éste Despacho a dar respuesta a sus inquietudes en el marco de sus competencias:

1. Para responder a la primera inquietud trasladada, según las investigaciones realizadas por esta entidad se puede evidenciar que a la fecha no se ha encontrado normativa específica que autorice al Estado colombiano a crear empresas extranjeras, ni hacer inversiones en las que ya estén constituidas.



2. Al respecto de la segunda inquietud trasladada, la Ley 489 de 1998 señala en su artículo 42: *“El Sector Administrativo está integrado por el Ministerio o Departamento Administrativo, las superintendencias y demás entidades que la ley defina como adscritas o vinculadas a aquéllos según correspondiere a cada área.”*

Así mismo, determinó la Corte Constitucional acerca de los fondos¹ que se crean bajo las funciones propias de cada Ministerio:

“6. El artículo 150-7 C.P. otorga reserva material de ley a la determinación de la estructura de la administración nacional, radicándose por tanto en el Congreso la competencia para crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica. A su vez, el mismo precepto constitucional determina que también corresponde al legislador reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía, al igual que crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

Con todo, esta competencia congresional opera de manera conjunta con la iniciativa de la Rama Ejecutiva. Así, el artículo 154 C.P. determina que solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno, entre otras, las leyes de que trata el artículo 150-7 antes mencionado. Es por ello que aquellos preceptos que versen sobre la modificación de la estructura de la administración nacional y que no cuenten con el apoyo gubernamental durante el trámite legislativo, expresado bien al momento de presentar el proyecto de ley o mediante la manifestación de aval durante el proceso de discusión y aprobación del mismo, son contrarias a la citada norma constitucional.

7. En varias oportunidades la Corte ha asumido el problema jurídico consistente en verificar si disposiciones legales que asignan funciones a Ministerios hacen parte de la reserva de iniciativa gubernamental antes explicada, generalmente en el ámbito de la decisión sobre la constitucionalidad de proyectos objetados por el Ejecutivo. Incluso, este precedente se ha ocupado de definir tópicos análogos al del expediente de la referencia, acerca de la exigibilidad del aval gubernamental cuando el legislador crea fondos especiales y los adscribe a una cartera ministerial particular. Por lo tanto, ante la existencia de jurisprudencia en vigor sobre el tópico analizado, en este apartado la Sala sintetizará las reglas que de ella se derivan.

7.1. Las normas legales que determinan las funciones de los ministerios, si bien no están expresamente señaladas dentro de las materias descritas por el artículo 150-7 C.P., en todo caso inciden en la estructura de la administración nacional. Con

¹ Algunos de los fondos creados son: el Fondo Nacional de Garantías, creado por el Decreto 3788 de 1983 e introducido en el Decreto Ley 663 de 1993, FIDUCOLDEX creado para suplir la necesidad determinada en el artículo 283 del Decreto 663 de 1993 y FONTUR creado por el artículo 40 de la Ley 1450 de 2011.

todo, ésta sola razón no es suficiente para concluir que el precepto está sujeto a la reserva de iniciativa gubernamental, puesto que la jurisprudencia constitucional contempla otros factores a considerar previos a inferir que se está ante una modificación de la estructura de la administración nacional. Estos factores versan, en los términos explicados en la sentencia C-889/06, acerca de (i) la voluntad expresa del legislador, (ii) la naturaleza jurídica asignada, (iii) la autonomía de que goce, (iv) el que reciba recursos públicos o privados; (v) el que se le asignen funciones públicas, así como la trascendencia de dichas funciones sobre la misión básica de la entidad; y (vi) la participación de autoridades nacionales en los órganos de dirección.

Según lo expresa el fallo mencionado, es a partir de la aplicación de estos criterios que la Corte ha declarado que se desconoce la reserva de iniciativa gubernamental en los casos que el Congreso, sin contar con el apoyo del Ejecutivo “(i) ha creado entidades del orden nacional, (ii) ha modificado la naturaleza de una entidad previamente creada; (iii) ha atribuido a un ministerio nuevas funciones públicas ajenas al ámbito normal de sus funciones; (iv) ha trasladado una entidad del sector central al descentralizado o viceversa; (v) ha dotado de autonomía a una entidad vinculada o adscrita a algún ministerio o ha modificado su adscripción o vinculación; o (vi) ha ordenado la desaparición de una entidad de la administración central. Para la Corte, tales disposiciones modifican la estructura de la administración central y su constitucionalidad depende de que haya habido la iniciativa o el aval gubernamental.”

7.2. Ahora bien, cuando se trata de normas que asignan competencias a los ministerios, los factores dirimientes para determinar si debió contarse con el aval gubernamental tienen que ver con la preexistencia de la entidad creada como parte de la administración, o la relación intrínseca entre la función asignada por el legislador y los “objetivos misionales” de la entidad.

Este fue el asunto dilucidado por la Corte en la sentencia C-063/02, decisión en la cual se determinó que distintos preceptos que incluían, modificaban y suprimían funciones de diferentes ministerios eran exequibles, en razón que no estaban creando nuevas entidades y, a su vez, las funciones asignadas encuadraban dentro de los objetivos propios de las correspondientes instituciones. Para sustentar esta posición, el Pleno planteó los siguientes argumentos, que por su importancia nodal para el presente asunto, conviene transcribir in extenso.

“El problema jurídico consiste en establecer si la asignación de funciones a los ministerios y ministros pertenece o no al ámbito de la determinación de la estructura administrativa del nivel nacional a que hace referencia el artículo 150 numeral 7 de la Constitución o si, por el contrario, hace parte de decisiones del legislador, no vinculadas con este precepto constitucional.

En este aspecto es preciso distinguir las funciones de las entidades y organismos administrativos de las atribuciones de sus autoridades, lo cual se traduce, entre



otros aspectos, en la determinación de la autoridad competente para asignarlas. Así, mientras la asignación de funciones a las entidades y organismos públicos le compete a la ley, la asignación de funciones a las autoridades de las entidades y organismos públicos se lleva a cabo por la ley y por la autoridad ejecutiva. Cuando es el legislador el que efectúa la asignación de funciones a unos y otros, atiende reglas diferentes en relación con la iniciativa para la presentación del correspondiente proyecto de ley. De un lado, existe reserva de iniciativa exclusiva a favor del Gobierno Nacional en los eventos en que se presente modificación de la estructura de la administración nacional, circunstancia que, de otro lado, no se exige cuando se trata de la asignación legislativa de funciones a las autoridades de las entidades y organismos del orden nacional.

De acuerdo con lo expuesto, las leyes que asignen funciones a los ministros no pertenecen al campo de la “determinación de la estructura de la administración nacional” (C.P., art. 150-7), aunque naturalmente están relacionadas estrechamente con ella; por lo tanto, la presentación de este tipo de proyectos de ley no exige la iniciativa exclusiva a cargo del Gobierno Nacional. Por ello se declarará infundada la objeción presidencial frente a los artículos que asignan funciones a ministros del despacho.

Adicionalmente, no toda asignación de funciones a los ministerios trasciende el ámbito propio de la estructura de la administración nacional pues bien puede tratarse de funciones directamente relacionadas con los objetivos misionales de los ministerios, en virtud de lo cual la aprobación de la ley tampoco requerirá de la iniciativa del Gobierno Nacional. De esta manera, al revisar el contenido de los artículos objetados se observa que las funciones asignadas a los ministerios corresponden a asuntos propios del respectivo organismo y, por lo tanto, no alteran la estructura de la administración nacional.

Según lo expuesto, la Sala concluye que, de manera general, las normas legales que regulan las funciones de los ministerios no están sometidas a la reserva de iniciativa gubernamental prevista en el artículo 150-7 C.P. Esta conclusión solo es predicable cuando (i) la asignación de funciones está precedida o incorpora la creación de una nueva entidad u estructura orgánica pública, inexistente en el arreglo institucional de la administración; o (ii) la función que asigna el legislador no guarda relación con los objetivos del ministerio respectivo. (...)

(...) 7.4. Los fondos especiales difieren de otras modalidades de afectación de recursos, estas sí con naturaleza institucional, como son los denominados fondos cuenta. Estos fondos, si bien guardan similitud con los fondos especiales en lo que respecta a su función de distribución de recursos públicos para un propósito definido, difieren radicalmente en que estos, como se indicó, son una modalidad particular de clasificación de las rentas nacionales, mientras aquellos son asimilados a una entidad pública, en virtud que cuentan con personería jurídica.



En la Superintendencia de Sociedades trabajamos para contar con empresas competitivas, productivas y perdurables y así generar más empresa, más empleo.

www.supersociedades.gov.co

webmaster@supersociedades.gov.co

Línea única de atención al ciudadano: 01- 8000 -11 43 19

Tel Bogotá: (601) 2201000

Colombia



TR - C0177851 TR - C0177853 TR - C0177856 CS - CER279481

Estas diferencias fueron dilucidadas por la Corte en la sentencia C-713/08, que reiteró el precedente aplicable sobre el particular, a propósito del control automático de constitucionalidad de la norma estatutaria que reformó la Ley 270/96 con el objeto de crear el Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia. En esa decisión se puso de presente que la jurisprudencia constitucional ha concluido que en aquellos casos en que el legislador decide introducir un fondo y le confiere en la norma correspondiente personería jurídica, se está ante un fondo entidad, que no puede comprenderse como una simple categorización de ingresos públicos, sino como una reforma que incide en la estructura de la administración.

Para arribar a esta conclusión, la Corte se basó en las consideraciones que fueron realizadas en la sentencia C-650/03, expresadas en razón de las objeciones gubernamentales contra un proyecto de ley que disponía la creación del Fondo Mixto Antonio Nariño para el Desarrollo del Periodismo, censuras basadas en tópicos análogos a los analizados en el asunto de la referencia. Así, se señaló por el Pleno que “[e]n cuanto a su definición conceptual, en la Sentencia C-650 de 2003, MP. Manuel José Cepeda, la Corte explicó que los fondos especiales “son un sistema de manejo de cuentas, de acuerdo a los cuales una norma destina bienes y recursos para el cumplimiento de los objetivos contemplados en el acto de creación y cuya están comprendidos en el presupuesto de rentas nacionales. || En aquella oportunidad la Corte también explicó que un fondo con personería jurídica no es equiparable a un fondo especial que constituye una cuenta (sin personería jurídica). De esta manera, el primero se asimila a una entidad de naturaleza pública que hace parte de la administración pública y por tanto modifica su estructura, mientras el segundo se refiere al sistema de manejo de recursos y por lo tanto no tiene personería jurídica. No obstante, un fondo-entidad puede tener dentro de sus funciones la administración de un fondo-cuenta. (...) De esta manera, la creación de un Fondo-entidad implica la modificación de la estructura de la administración nacional, lo que hace necesario el cumplimiento de las normas constitucionales especiales en cuanto la creación debe ser efectuada por el legislador y contar con la iniciativa o el aval del Gobierno (arts. 150-7 y 154). Además, conforme a lo previsto el artículo 50 de la Ley 489 de 1998, que desarrolla el artículo 150-7 de la Carta Política, “la ley que disponga la creación de un organismo o entidad administrativa deberá determinar sus objetivos y estructura orgánica y así mismo determinará el soporte presupuestal de conformidad con los lineamientos fiscales del Ministerio de Hacienda”. || Así las cosas, el Legislador debe señalar los elementos esenciales relativos a la entidad, como, por ejemplo, de los órganos de dirección y administración, su integración, el régimen jurídico, el soporte presupuestal, entre otros”.

Como se observa, la Corte ha identificado un vínculo entre la configuración, por mandato del legislador, de fondos entidad y la obligatoriedad del aval gubernamental en esos casos, de acuerdo a lo previsto en el artículo 154 C.P. Esto en razón a que, contrario a como sucede con los fondos especiales, los fondos entidad son modificaciones a la estructura de la administración, derivadas de la



inclusión de un nuevo cuerpo institucional. A su vez, también debe resaltarse que el principal factor diferenciador entre los institutos mencionados es que en los fondos entidad prexiste la decisión del el legislador de conferirles personería jurídica, lo que otorga el carácter institucional antes señalado.”²

Igualmente, ha de tenerse en cuenta, entre otros, que el artículo 3º de la Ley 2159 de 2021 señala:

“Las disposiciones generales de la presente ley son complementarias de las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994, 225 de 1995, 819 de 2003, 1473 de 2011 y 1508 de 2012 y demás normas de carácter orgánico y deben aplicarse en armonía con estas.

Estas normas rigen para los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación, y para los recursos de la Nación asignados a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta con el régimen de aquellas.

Los fondos sin personería jurídica deben ser creados por ley o por su autorización expresa y estarán sujetos a las normas y procedimientos establecidos en la Constitución Política, el Estatuto Orgánico del Presupuesto, la presente ley y las demás normas que reglamenten los órganos a los cuales pertenecen.”

En la medida de lo descrito, los “fondos”, como se indaga en la inquietud planteada, son creados por ley, la cual se debe tramitar ante el Congreso de la República de acuerdo con los postulados antes descritos y en especial a lo determinado por la Corte Constitucional, sobre la anuencia o no del Gobierno Nacional en los casos que corresponda.

² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-617 (8 de agosto de 2012). M.P. Doctor Luis Ernesto Vargas Silva. [En Línea]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-617-12.htm>



En la Superintendencia de Sociedades trabajamos para contar con empresas competitivas, productivas y perdurables y así generar más empresa, más empleo.

www.supersociedades.gov.co
webmaster@supersociedades.gov.co

Línea única de atención al ciudadano: 01- 8000 -11 43 19
Tel Bogotá: (601) 2201000
Colombia



TR - C017/7851 TR - C017/7853 TR - C017/7856 CS - CER279481