

Sentencia C-691/07

ASOCIACION DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO-Régimen jurídico/FILIALES DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO-Régimen jurídico

Del régimen Jurídico que regirá las empresas, sociedades y filiales a que se refiere el artículo 94 de la Ley 489 de 1998, con fundamento en lo previsto en el artículo 210 de la Constitución, corresponde a la potestad de configuración del legislador. En esta medida dispuso, (i) en el artículo 38, parágrafo, de la misma ley, que las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado; (ii) en el art. 94, inc. 1º, de la mencionada ley, que las empresas y sociedades que se creen con participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales se rigen por las disposiciones establecidas en los actos de creación, y las disposiciones del Código de Comercio; (iii) que las filiales en las que participen más de una empresa industrial y comercial del Estado, entidad territorial u otra entidad descentralizada se registrarán en cuanto a sus actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros por las disposiciones del derecho privado, en especial las propias de las empresas y sociedades previstas en el Código de Comercio y legislación complementaria; y, (iv) que las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado con participación de particulares se registrarán por las disposiciones previstas para las sociedades de economía mixta. Régimen jurídico de sociedades y filiales dispuesto en el artículo 94 de la Ley 489 de 1998, en cuanto se someten a las reglas del derecho privado, que no se opone las disposiciones constitucionales, pues obedece la potestad que para su configuración entregó la propia Constitución al legislador (art. 210). Sociedades y filiales que para la eficacia de la gestión económica dispuesta en el acto de creación, es decir para desarrollar actividades de naturaleza industrial y comercial, deben estar sometidas a un régimen que les permita la competencia con particulares, sin que por tal circunstancia pierdan su condición de entidades públicas.

ASOCIACION DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO-Sometimiento a disposiciones establecidas en el acto de creación, y disposiciones del Código de Comercio

ASOCIACION DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO-Sujeto de control fiscal/ASOCIACION DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO-Aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades/ASOCIACION DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO-Sujeto de control político

El sometimiento de las sociedades y filiales a las que se refiere el artículo 94 de la Ley 489 de 1998, a los actos de creación y a las reglas del derecho privado y

especialmente a las del Código de Comercio, no obsta para que de todas maneras queden sometidas a las disposiciones constitucionales que establecen el control fiscal respectivo (art. 267) y a las normas de la Contaduría General de la Nación (art. 354); a las normas constitucionales que consagran inhabilidades e incompatibilidades (art. 180-3, art. 292, art. 323); al control político que corresponde a las cámaras (art. 208); a la delegación de funciones que el Presidente de la República podrá hacer en los representantes legales de entidades descentralizadas (art. 211); a atender los informes que soliciten las asambleas departamentales por medio de ordenanzas, sobre el ejercicio de sus funciones a los directores de institutos descentralizados del orden departamental (art. 300-11), entre otros.

ASOCIACION DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO-Aplicación de los principios de la función administrativa en sus actos/**FILIALES DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO**-Aplicación de los principios de la función administrativa en sus actos

ASOCIACION DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO-Régimen de contratación/**FILIALES DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO**-Régimen de contratación

En cuanto al régimen de contratación de las empresas y sociedades creadas con participación de las empresas industriales y comerciales del Estado, y de las empresas filiales de éstas, en los términos del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, debe atenderse lo previsto en el artículo 2, numeral 1, literal a), de la Ley 80 de 1993, que cataloga a las empresas industriales y comerciales, a las entidades descentralizadas indirectas y demás personas jurídicas en las que exista participación pública mayoritaria, como entidades del Estado para efectos de la contratación administrativa, por lo que deberán someterse a las reglas previstas en ésta ley. Además, a lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, que sobre el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado, establece que las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50), sus filiales y las sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales.

ASOCIACION DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO-Régimen de los servidores que en ella laboran/**FILIALES**

DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO-Régimen de los servidores que en éstas laboran

ASOCIACION DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO-Sometimiento a reglas del Derecho Privado, sin perjuicio de aspectos regulados con carácter especial en la Constitución y la ley/
FILIALES DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO-Sometimiento a reglas del Derecho Privado, sin perjuicio de aspectos regulados con carácter especial en la Constitución y la ley

Las normas acusadas se ajustan a la Constitución. Sin embargo, como pueden ser interpretadas en el sentido de que el régimen de derecho privado a que están sometidas las sociedades y filiales a que se refiere el art. 94 de la Ley 489 de 1998, no atiende lo previsto en la Constitución de manera especial para las entidades descentralizadas, u otras normas de orden legal que rigen aspectos puntuales y específicos de estas, es preciso condicionar su exequibilidad, por los cargos examinados en esta sentencia, en el entendido que se rigen por éstas disposiciones, sin perjuicio de aspectos regulados con carácter especial por otras disposiciones constitucionales y legales.

DESCENTRALIZACION POR SERVICIOS-Concepto

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Estructura de la administración nacional

ENTIDAD DESCENTRALIZADA POR SERVICIOS-Régimen jurídico

ENTIDAD DESCENTRALIZADA POR SERVICIOS-Establecimiento legislativo de régimen jurídico

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO-Creación

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO-Características

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO-Personería propia y autonomía

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO-Régimen jurídico

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO-Personas que laboran en éstas son trabajadores oficiales salvo cargos de dirección y confianza en los cuales son empleados públicos

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO-
Sub reglas jurisprudenciales sobre el régimen jurídico al que se hallan sometidas

Las empresas industriales y comerciales del Estado (i) son organismos que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley; (ii) deben tener personería jurídica y autonomía administrativa y financiera conforme a los actos que las rigen; (iii) deben tener capital independiente, constituido totalmente por fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución; (iv) en el acto de creación debe definirse su vinculación a un ministerio o un departamento administrativo; (v) en el cumplimiento de sus actividades se ceñirán a la ley o norma que las creó o autorizó y a sus estatutos internos; (vi) gozan de los privilegios y prerrogativas que la Constitución y las leyes confieren a la Nación y a las entidades territoriales según el caso, pero no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas; (vii) su dirección estará a cargo de una Junta Directiva y de un Gerente o Presidente agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción, y será el representante legal de la correspondiente entidad; (viii) los actos que expidan para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado; (ix) los contratos que celebren se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales, con excepción de aquellos que celebren las empresas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados.

PRINCIPIO PRO ACTIONE EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación

Referencia: expediente D-6687

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 94, parcial, de la Ley 489 de 1998.

Actores: Luisa Molina Hurtado, Ana María Ceballos Aristizabal, Jimena Puyo Posada, Michael Camargo Rave y David Suárez Tamayo.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS
HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., cinco (5) de septiembre de dos mil siete (2007).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y una vez cumplidos los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40-6, 241 No. 4 y 242-1 de la Constitución Política, los ciudadanos Luisa Molina Hurtado, Ana María Ceballos Aristizabal, Jimena Puyo Posada, Michael Camargo Rave y David Suárez Tamayo, solicitan a la Corte Constitucional la declaración de inexequibilidad del artículo 94, parcial, de la Ley 489 de 1998.

La demanda fue admitida en providencia del 22 de febrero de 2007, al haber cumplido los requisitos contemplados en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991 y se ordenó i) la fijación en lista de la norma acusada y simultáneamente correr traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, ii) comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República, al Ministro de Comercio, Industria y Turismo, al Ministro del Interior y de Justicia, y al Ministro de Hacienda y Crédito Público de conformidad con los artículos 244 de la Constitución y 11 del Decreto 2067 de 1991, y finalmente iii) invitar a la Cámara de Comercio de Bogotá, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Comisión Colombiana de Juristas y a las facultades de derecho de las universidades Nacional de Colombia, Externado de Colombia, Libre de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y de los Andes, para que aporten sus opiniones sobre la demanda de la referencia.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de este asunto y previo concepto del Jefe del Ministerio Público, la Corte Constitucional procede a decidir en relación con la presente demanda.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe el texto del artículo 94 de la Ley 734 de 2002, subrayando los apartes acusados:

“LEY 489 DE 1998

Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

**EL CONGRESO DE COLOMBIA
DECRETA:**

ARTICULO 94. ASOCIACION DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. Las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales se rigen por las disposiciones establecidas en los actos de creación, y las disposiciones del Código de Comercio. Salvo las reglas siguientes:

1. Filiales de las Empresas Industriales y Comerciales.

Para los efectos de la presente ley se entiende por empresa filial de una empresa industrial y comercial del Estado aquella en que participe una empresa industrial y comercial del Estado con un porcentaje superior al 51% del capital total.

2. Características jurídicas.

Cuando en el capital de las empresas filiales participen más de una empresa industrial y comercial del Estado, entidad territorial u otra entidad descentralizada, la empresa filial se organizará como sociedad comercial de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio.

3. Creación de filiales.

Las empresas industriales y comerciales del Estado y las entidades territoriales que concurran a la creación de una empresa filial actuarán previa autorización de la ley, la ordenanza departamental o el acuerdo del respectivo Concejo Distrital o Municipal, la cual podrá constar en norma especial o en el correspondiente acto de creación y organización de la entidad o entidades participantes.

*4. **Régimen jurídico.***

El funcionamiento y en general el régimen jurídico de los actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, en especial las propias de las empresas y sociedades previstas en el Código de Comercio y legislación complementaria.

5. Régimen especial de las filiales creadas con participación de particulares.

Las empresas filiales en las cuales participen particulares se sujetarán a las disposiciones previstas en esta ley para las sociedades de economía mixta.

6. Control administrativo sobre las empresas filiales.

En el acto de constitución de una empresa filial, cualquiera sea la forma que revista, deberán establecerse los instrumentos mediante los cuales la empresa industrial y comercial del Estado que ostente la participación mayoritaria

asegure la conformidad de la gestión con los planes y programas y las políticas del sector administrativo dentro del cual actúen”.

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Para los accionantes el inciso 1 y el numeral 4 del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, vulneran los artículos 13, 123, 150-7, 209, 210, 300-7 y 313-6 de la Constitución, por cuanto es claro que las entidades descentralizadas por servicios tanto directas o de primer grado como indirectas o de segundo grado como es el caso de las asociaciones y/o filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado, pertenecen a la estructura del Estado bien sea a nivel nacional, departamental (art. 300-7 superior) o municipal (art. 313-6 constitucional), haciendo parte de la administración pública ya que sus socios son entidades públicas, el patrimonio es público y los recursos son 100% estatales, por lo que no resulta procedente que se regulen *“en un todo y por todo”* por el derecho privado o el Código de Comercio. Consideran así que *“cómo va a ser posible...que basta que una Empresa Industrial y Comercial del Estado se asocie con otras entidades públicas , para que por ese sólo hecho ya estar sometida por puro derecho privado-Código de Comercio. Sería una manera muy cómoda y muy fácil para que estas empresas se ‘burlen’, ‘eludan’ su régimen natural y propio”*.

Manifiestan que conforme al artículo 210 superior, la creación de las entidades descentralizadas por servicios se hace con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa por lo que someter las filiales de empresas industriales y comerciales del Estado al derecho privado o Código de Comercio, es desconocer de antemano dichos principios que la orientan. Precisan que la actividad administrativa se fundamenta en los artículos 6, 29, 121, 122, 123, 209 y 210, entre otros, de la Constitución, *“donde se señalan por ejemplo los principios de legalidad, de debido proceso, de publicidad de las actuaciones, contradicción, transparencia, selección objetiva de contratistas, selección por méritos de los empleados, régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades, etc.; principios todos ellos que no obligan, ni vinculan a las entidades y empresas que se someten al Código de Comercio (como es el caso del artículo 94 demandado) configurándose allí entonces, una razón más de inconstitucionalidad de la norma demandada”*.

En este sentido señalan que el régimen aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado contradice el artículo 209 superior, toda vez que la Constitución no contiene restricción alguna para aplicar el régimen de derecho público a las empresas industriales y comerciales del Estado por lo que se está presentando es una sustracción de la aplicación de la normatividad que le corresponde según su naturaleza. Sustracción que implica la violación del artículo 123 de la Constitución, en tanto los empleados de las asociaciones y/o filiales de empresas industriales y comerciales del Estado no son considerados por la norma demandada como servidores públicos sino empleados particulares *“a quienes por consiguiente, no les sería aplicable por vía directa el régimen*

disciplinario de los servidores públicos, ni el régimen penal de los mismos, ni el régimen de inhabilidades e incompatibilidades”.

Recuerdan que el artículo 123 de la Carta señala que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas por servicios son servidores públicos, en cambio el numeral 4 acusado, *“está señalando que las personas que trabajan en una filial de empresa industrial y comercial del Estado, están sometidas en todo a las reglas del derecho privado, y en especial a las del Código de Comercio. Es claro que en el derecho privado, ni en el Código de Comercio, se consagra o se regula la figura del servidor público, sino que por el contrario, se refiere es a comerciantes y personas privadas, particulares”.*

Además, consideran vulnerado el derecho a la igualdad por cuanto se estaría sometiendo a contratación privada a una entidad 100% pública, mientras que a otras de igual naturaleza se sujetan a la contratación pública. Citan como ejemplo a las sociedades de economía mixta donde el Estado posee más del 50% del capital, a las cuales se les aplica el régimen de contratación de derecho público -Ley 80 de 1993-, mientras que en las entidades descentralizadas que son de naturaleza 100% pública, se aplica el régimen privado por el sólo hecho de haber surgido de la asociación entre dos o más entidades públicas. Observan que *“no se entiende, pues, cómo éste puede llegar a ser un criterio válido para aplicar el régimen privado a una entidad completamente pública y el régimen público a una entidad en donde confluye capital público y privado”.*

También se genera una discriminación o trato diferenciado no justificado de las personas que allí trabajan, pues, mientras que en las empresas industriales y comerciales del Estado son servidores públicos -trabajadores oficiales por regla general y empleados públicos los de dirección y confianza por excepción-, en las asociaciones y/o filiales de empresas industriales y comerciales del Estado serían todos trabajadores particulares. Adicionalmente, contrastando los apartes acusados con el numeral 5, se viola la igualdad, ya que de acuerdo con este último las filiales en las cuales participen particulares les será aplicado el régimen de las sociedades de economía mixta -normas públicas ya que para ser filial el aporte de la empresa industrial y comercial debe ser mínimo del 51%, quedando bajo el régimen del artículo 2 de la Ley 80 de 1993-, mientras que el numeral 4 establece que respecto a entidades completamente públicas se les aplica el régimen de derecho privado. Añade que *“no es lógico que si la filial tiene participación privada, quede sometida a ciertas normas de derecho público, pero sí la filial es 100% pública, estatal, quede sometida en todo a derecho privado-Código de Comercio”.*

De esta forma, pretenden la inexecutable del inciso 1 y el numeral 4 del artículo 94 de la Ley 489 de 1998. Además, solicitan que en correspondencia con el principio de igualdad en las decisiones judiciales, se aplique los mismos razonamientos acogidos por la Corte en la sentencia C-671 de 1999¹, cuando resolvió sobre la constitucionalidad del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, que se declaró executable *“bajo el entendido de que ‘las personas jurídicas sin*

¹ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género, sin perjuicio de que, en todo caso el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias”. Señala que sólo bastaría agregar que “las personas que laboran en asociaciones entre entidades públicas (tanto las del artículo 94, como las del artículo 95) deben ser servidores públicos”, por cuanto dicho tema se omitió agregar como condicionante de la exequibilidad.

En esta perspectiva expresan que si bien la norma parcialmente demandada no se refiere a entidades sin ánimo de lucro, las consideraciones realizadas por la Corte en dicha decisión no deben entenderse circunscritas a tales entidades ya que es claro que lo que quiso la Corte fue que *“a las entidades descentralizadas indirectas surgidas de convenios entre dos o más entidades públicas, se les aplicará el régimen de derecho público en lo referente a actos, contratación, controles y responsabilidad ...respetando así, la voluntad del legislador”*. De igual modo, soportan sus pretensiones en algunos de los apartes del concepto emitido por la Procuraduría General de la Nación en el proceso de constitucionalidad que dio lugar a la mencionada sentencia C-671 de 1999, transcribiendo los siguientes apartes:

“Recuerda a continuación el señor Procurador General de la Nación que al legislador corresponde, conforme a lo dispuesto por el artículo 150 de la Carta, numerales 4º y 7º la determinación de la estructura de la administración nacional, crear ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, reglamentar la creación de corporaciones autónomas regionales, así como el crear o autorizar la constitución de Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de Sociedades de Economía Mixta. Al propio tiempo, corresponde al Gobierno Nacional la competencia para la supresión o fusión de entidades u organismos de la administración nacional, así como para modificar la estructura de las entidades y los organismos del nivel nacional, conforme a la ley (Constitución Política, artículos 180-15 y 16). A las Asambleas Departamentales, por su parte, les corresponde la determinación de la estructura de la administración seccional y la creación de Empresas Industriales y Comerciales del Estado y la de Sociedades de Economía Mixta del orden departamental (Constitución Política, artículo 300-7), que guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 313-6 de la Carta en cuanto en él se atribuye idéntica competencia para los Concejos Municipales, en su respectiva comprensión territorial.

Con respecto a la creación de entidades descentralizadas de segundo grado, cuando se trata de instituciones de utilidad común, expresa el Procurador que aun cuando ellas no están mencionadas en la Carta, su creación no contraría el ordenamiento constitucional cuando se les da la categoría de establecimientos públicos, pues tales entidades son "un mecanismo para desarrollar el principio de colaboración establecido en el artículo 209

superior, teniendo en cuenta que los fines que persiguen y los recursos que manejan son de carácter público, proceden frente a ellas los correspondientes controles estatales y, en caso de liquidación, sus recursos se incorporarán al presupuesto de otra entidad estatal". Con todo, la colaboración entre entidades públicas y la participación de los particulares no puede llevarse a efecto mediante la utilización de "mecanismos proscritos expresamente por la Constitución o que puedan resultar contrarios a ella", razón ésta por la cual el constituyente prohibió a todas las ramas del poder público decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, como ocurría con los denominados "auxilios parlamentarios". El constituyente, -continúa el Procurador-, quiso de esta manera evitar los abusos que pudieran presentarse por quienes tuvieran a su cargo la administración de estos recursos.

Recuerda luego en su concepto el Procurador General de la Nación, que la Constitución Política de 1991 consagra como uno de sus principios el de la participación, no obstante lo cual estima que el legislador excede sus funciones al determinar que las entidades descentralizadas de segundo grado "que surjan a nivel nacional y territorial deban ser instituciones sin ánimo de lucro y regidas por el derecho privado, como lo señala el artículo 95 de la Ley 489 de 1998", porque la Constitución Política no establece tal limitación, por una parte; y, por otra, por cuanto las autoridades seccionales y locales tienen entre sus funciones la de determinar la estructura de la administración pública y, por ende, la de crear o autorizar la creación de entidades públicas, pero no la de entidades de derecho privado sin ánimo de lucro, que podrían tener como aportes dineros públicos, que, por esa vía, escaparían al control fiscal del Estado".

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Diego Felipe Rodríguez Cárdenas, en calidad de apoderado judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, solicita a la Corte declararse inhibida para decidir de fondo o en su defecto la exequibilidad del artículo parcialmente acusado.

Como fundamento de la solicitud de inhibición expone que los actores "no especifican de manera clara y precisa los argumentos en los cuales se fundamenta la afirmación de inconstitucionalidad". Señala que se limitan a enunciar los cargos realizando afirmaciones indefinidas que no presentan ninguna conclusión. Anota que es evidente la falta de profundidad en el análisis efectuado por lo que incumplen el requisito de suficiencia en las razones de inconstitucionalidad. Expone que al no esgrimirse las razones adolece la demanda de ineptitud sustantiva.

Entrando al estudio de fondo de la norma acusada, considera que la creación de las empresas industriales y comerciales del Estado atiende un mandato legal y responden al *“desarrollo de actividades de naturaleza industrial, comercial y de gestión económica, ejerciendo funciones que tradicionalmente no obedecen a las actividades que desarrolla el Estado sino que son desarrolladas por particulares; por tanto, tales ejercicios responden a un ánimo de lucro, y consecuentemente por la misma naturaleza de las actividades que desarrolla, el régimen jurídico que le es aplicable, es el del derecho privado, teniendo en cuenta ciertas excepciones”*.

Considera que existiendo un ánimo de lucro que si bien no es igual al de lo particulares dado que sus utilidades se reinvierten en la misma empresa y generan beneficios indirectamente para la comunidad, es necesario que el Estado no actúe con las prerrogativas que le son propias sino que debe desprenderse de las mismas para competir en igualdad de condiciones con los particulares para no desconocer principio fundamental alguno en el desarrollo de sus actividades.

Expresa que en virtud de la autonomía que ostentan, las plantas de personal no se encuentran sujetas a las normas generales de nomenclatura, ni a los fundamentos previstos por la Ley 4 de 1992, por lo que los empleados se regulan por el Código Sustantivo del Trabajo y el derecho privado. Trae a colación una sentencia del 15 de marzo de 1976, expediente 2334, proferida por el Consejo de Estado, para afirmar que es la misma empresa quien tiene la facultad de designación, remoción y manejo de sus empleados salvo el gerente, director o presidente que es de libre nombramiento y remoción por el Presidente de la República, conforme a lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley 489. Además, es la empresa quien tiene la capacidad de reglamentar su propia actividad y establecer los trámites internos.

Resalta que la Ley 489 de 1998, mantuvo en parte el modelo de integración de la rama ejecutiva configurado en la reforma administrativa de 1968, con la división entre los sectores central y descentralizado, citando para el efecto el artículo 4 del Decreto 3130 de 1968 y el artículo 4 del Decreto 130 de 1976, actualmente derogados. Ello para señalar que las asociaciones y fundaciones de participación mixta se las considera bajo la denominación genérica de entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado, que se encuentran sujetas al mismo régimen jurídico aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado, es decir, a las prescripciones del Código de Comercio y normas complementarias, salvos las excepciones legales.

Así las cosas, para el interviniente las personas que prestan sus servicios en dichas entidades no tienen el carácter de servidores públicos y en sus relaciones laborales se rigen por las normas del Código Sustantivo del Trabajo. Igualmente del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, puede extraerse que para efectos de contratación administrativa se consideran entidades públicas las descentralizadas indirectas pero sus empleados no son servidores públicos salvo los representantes legales y funcionarios que se desempeñen como directivos, asesores o en quienes se delegue la celebración de dicho tipo de contratos. Ello

en consonancia con el artículo 51 de la misma Ley 80, que alude a la responsabilidad de los servidores públicos.

En razón de lo anterior, señala que si para efectos de la contratación administrativa en las asociaciones y fundaciones de participación mixta, *“los representantes legales y funcionarios de los niveles directivos, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos, tienen la calidad de servidores públicos, a ellos les es aplicable el Código Disciplinario Único, por lo cual no es cierta la afirmación de los demandantes al señalar que con la aplicación del régimen de derecho privado, las entidades descentralizadas indirectas, escapan al control propio de la actividad administrativa”*.

Reafirma que si bien las empresas industriales y comerciales del Estado tienen un alto porcentaje de capital accionario de naturaleza pública, lo cierto es que se les aplica el derecho privado atendiendo que desarrollan actividades de naturaleza industrial, comercial y de gestión económica, lo cual implica que actúen en el mercado como particulares y no como entidad pública, siendo más efectivo la aplicación de este régimen jurídico para el giro normal de los negocios.

Por lo tanto, manifiesta que no es cierto que se aplique en su totalidad el derecho privado *“pues la ley señala de forma clara que la aplicabilidad del derecho privado, se refiere únicamente a los actos y negocios relacionados con la naturaleza de las actividades prestadas; es decir, industrial, comercial y de gestión económica. Por el contrario, las actividades relacionadas con su creación, organización, control fiscal y en general las que se encuentren íntimamente relacionadas con el sector central, les serán aplicables las normas de derecho público, así como también ocurre, de una parte, con determinados empleados, en la medida en que los cargos que impliquen especial confianza serán desempeñados por empleados públicos y de otra parte, como ocurre con los contratos celebrados con los particulares, en la medida en que, en virtud de lo preceptuado por el artículo 93 de la Ley 80 de 1993 se les aplican las normas del Estatuto de la Administración Pública”*.

Respecto al cargo por vulneración del derecho a la igualdad señala que no fue explicado de forma clara, sin embargo, deduce que se relaciona con un supuesto trato discriminatorio que otorga la ley a las empresas industriales y comerciales del Estado y sus filiales en cuanto al régimen jurídico aplicable, considerando que ello no es así dado que la norma acusada es clara en establecer que a las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado se les aplica en cuanto a sus trabajadores y contratos el régimen de derecho privado y cuando se trate de empresas filiales en las que participen particulares se aplicará el régimen de las sociedades de economía mixta, o sea, que serán aplicables en determinadas situaciones normas de derecho público. Por consiguiente, no se presenta el trato discriminatorio aludido *“teniendo en cuenta que tanto a las empresas industriales y comerciales del Estado como a sus filiales en las cuales participen particulares, se les aplica el derecho privado y en determinadas*

excepciones el derecho público; régimen de contratos, empleados de confianza y control fiscal”.

Considera que no se desconoce el principio de la función administrativa en cuanto al régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado ya que por el contrario la aplicación del derecho privado en el giro normal de sus negocios y en cuanto a sus trabajadores es una manifestación del cumplimiento de los fines del Estado por parte de las autoridades y de su intervención en la economía propios del Estado social y democrático de derecho. Observa que conforme al artículo 334 de la Carta, la ley está legitimada para establecer un régimen jurídico especial y diferente a las empresas industriales y comerciales del Estado atendiendo la naturaleza de las actividades que prestan y que tiene sustento en la concepción filosófica del Estado social de derecho que se caracteriza por ser intervencionista y regulador. Al contrario de la actividad prestada por los establecimientos públicos es una consecuencia lógica que las empresas industriales y comerciales dada su función principal se dediquen a desarrollar actividades que tradicionalmente son prestadas por particulares y no por el Estado por lo que es viable jurídicamente que apliquen otro régimen jurídico a los contratos celebrados y la forma de vinculación de los funcionarios de la planta de personal.

En dicha medida la aplicación de un régimen jurídico diferente se justifica por cuanto *“el actuar en el mercado y en la totalidad de la actividad económica como particulares por la naturaleza de la actividad prestada, es mucho más sencillo, para efectos del giro normal de sus negocios, la aplicación de normas de derecho privado, que las normas de derecho público, las cuales atentarían contra la eficiencia, eficacia y autonomía de la voluntad que debe caracterizar a los negocios jurídicos celebrados por los particulares. ...En virtud de lo anterior, debe aclararse que esta autonomía no es absoluta, toda vez que, si bien la autonomía de la voluntad privada, como principio rector de las relaciones contractuales entre los particulares, se encuentra reconocida por la propia Constitución, lo cierto es que tal autonomía no es absoluta, pues se encuentra limitada por el interés general y el orden público...”*.

2. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Camilo Alfonso Herrera Urrego, en calidad de apoderado judicial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, solicita a la Corte declarar la exequibilidad del artículo parcialmente demandado.

En su intervención sostiene que los accionantes desconocen que el régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado es de naturaleza privada o comercial, salvo las excepciones legales pertinentes, toda vez que sus actividades no se circunscriben a la atención de funciones administrativas que son inherentes a los establecimientos públicos (art. 70 de la Ley 489 de 1998). La creación o autorización de empresas industriales y comerciales del Estado se realiza *“con fundamento en que el Estado tiene la competencia y habilidad para participar en procesos productivos o de gestión económica, como si fuese un*

ente particular y que por circunstancia, la ley les ha otorgado una flexibilización desde el punto de vista de su régimen jurídico, al permitirles que obren bajo los parámetros del derecho privado. Por lo tanto, si las empresas industriales y comerciales del Estado, con sujeción a lo dispuesto por el artículo 94 de la Ley 489 de 1998 conforman una asociación de empresas industriales y comerciales, necesariamente tendrá que seguirseles aplicando el derecho privado o comercial, puesto que no es predicable sostener, que el régimen original de los citados organismos (derecho privado) se sustituya por otro de naturaleza pública al integrarse en una asociación, lo cual conllevaría a la desnaturalización del régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado”.

Afirma que el régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales, en este caso de las asociaciones, es el consagrado en el artículo 210 de la Constitución por cuanto corresponde al legislador su establecimiento en relación con las entidades descentralizadas que lo mantiene como de derecho privado según lo dispuesto en el artículo 85 y siguientes de la Ley 489 de 1998. Entonces, si una empresa industrial y comercial del Estado decide asociarse con otra similar, no renuncia a su régimen jurídico ya que sigue siendo de orden privado o comercial que es una consecuencia del desarrollo original de su objeto como es el realizar actividades comerciales, industriales y de gestión económica, salvo las excepciones legales que se establezcan. Al efecto, trae a colación la sentencia C-314 de 2004.

3. Universidad del Rosario

Alejandro Venegas Franco, decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, solicita a la Corte declarar la exequibilidad de las expresiones acusadas bajo el entendido que las asociaciones de empresas industriales y comerciales del Estado se les aplicará como régimen el derecho privado salvo cuando haya lugar a aplicar el derecho público en los eventos que la ley lo disponga.

Recuerda que la Corte se pronunció sobre el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en la sentencia C-671 de 1999, señalando en relación con el régimen de asociaciones de entidades públicas que resulta ajustado a la Constitución cuando la asociación surgida se sujete al mismo régimen de las entidades participantes. De esa forma, se tendría para que el régimen jurídico de las asociaciones entre empresas industriales y comerciales del Estado resulte conforme a la Constitución debe corresponder al que la ley o el acto de creación haya dispuesto para las entidades que concurren en la creación de dichas asociaciones.

En este sentido, indica que *“una asociación de empresas industriales y comerciales del Estado puede conformarse con la participación exclusiva de las mismas, en cuyo caso el régimen resultante será el mismo de las empresas que la conforman, pero también puede conformarse con la participación tanto de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado como de otras*

entidades descentralizadas y entidades territoriales, evento en el cual el régimen jurídico de la asociación será el que ´en consonancia con la naturaleza de las entidades participantes y el régimen propio de función administrativa o de servicio público a su cargo hubiere señalado la ley de creación o autorización de éstas´ (se está refiriendo a las entidades participantes)´´.

Considera así que en uno y otro caso teniendo en cuenta la función a cargo de la asociación debe indicarse que la adecuación del régimen jurídico de las asociaciones de empresas industriales y comerciales a las normas superiores implica que sea el previsto en la ley para éstas, que no es exclusivamente el del derecho privado. Por ello, solicita que la Corte condicione la exequibilidad de las expresiones acusadas en el sentido que las asociaciones de empresas industriales y comerciales del Estado se les aplicará como régimen el derecho privado salvo cuando haya lugar a aplicar el derecho público en los eventos que la ley lo disponga.

4. Departamento Administrativo de la Función Pública

Camilo Escovar Plata, apoderado judicial del Departamento Administrativo de la Función Pública solicita a la Corte declarar la exequibilidad del artículo parcialmente demandado.

Respecto al contenido de la norma acusada empieza por advertir que la demanda incurre en cierta impropiedad y contradicción al extraer de la disposición legal un contenido y alcance que realmente no tiene. Expone que echa de menos que las asociaciones de empresas industriales y comerciales del Estado se rigen en primer lugar por las normas establecidas en los actos de creación y en las normas del Código de Comercio, salvo en cuanto a su funcionamiento por las actividades que le son propias sujetas a las disposiciones del derecho privado.

En dicho sentido señala que según el artículo 210 de la Carta, la ley es la encargada de establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas. Y en particular sobre el régimen de los actos de las empresas industriales y comerciales el legislador estableció en el artículo 93 de la Ley 489 de 1998, que los actos que expidan para el desarrollo de su actividad propia se sujetarán a las normas del derecho privado *“razón por la cual en principio no existe justificación para que siendo el régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado cuando están en ejercicio de sus actividades propias, de derecho privado, el régimen de las asociaciones entre éstas y otros entes públicos deba ser diferente al régimen general que les es aplicable por el ejercicio de dichas actividades propias”*.

Conclusión a la que llega el interviniente partiendo de una interpretación sistemática de las disposiciones establecidas por el legislador en ejercicio de las competencias atribuidas constitucionalmente sobre el régimen jurídico aplicable a las entidades descentralizadas en general y la concordancia de los artículos 93 y 94 de la Ley 489 de 1998, de los cuales se desprende que el régimen jurídico de dichas entidades por su actividad comercial, industrial y de gestión

económica no es otro que el de derecho privado que no incluye el ejercicio de funciones públicas, pues, en dicho evento habría que regirse por el derecho público.

No considera procedente atender las mismas consideraciones de la sentencia C-671 de 1999, toda vez que los contenidos normativos acusados y los supuestos de impugnación resultan diferentes. Señala que si bien tanto en el precedente como en la disposición ahora demandada el contenido de las normas hace relación a las asociaciones, la primera entre entidades públicas y la segunda de empresas industriales y comerciales del Estado *“lo cierto es que aquélla se establece para la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro y ésta para el cumplimiento de las funciones propias de las empresas industriales y comerciales del Estado, por lo cual en principio no podría alegarse que se trate de supuestos idénticos, pues el carácter de una y otra actividad se excluyen. No obstante lo anterior, la sujeción al derecho privado en los dos casos, debe siempre entenderse sin perjuicio de los principios y reglas especiales propios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución, que para el derecho privado no resultan de aplicación estricta e imperativa”*.

No se vulnera la Constitución por cuanto el ejercicio de las actividades no incluye o prescinde de las funciones públicas que aquéllas puedan cumplir, evento en el cual el régimen jurídico aplicable es de derecho público, conforme lo previó el legislador con fundamento en la competencia que dispone para la fijación del régimen jurídico de las entidades descentralizadas en desarrollo de los principios de la función administrativa, según lo dispuesto en los artículos 150-7, 209 y 210 de la Constitución.

Tampoco se viola el principio de igualdad, ni el régimen de servidores públicos de las entidades descentralizadas (13 y 123 de la Constitución), toda vez que el mismo legislador en el artículo 87 de la Ley 489 de 1998, indicó que *“si bien las empresas industriales y comerciales del Estado como integrantes de la rama ejecutiva del poder público, gozan de privilegios y prerrogativas que la Constitución Política y las leyes confieren a la Nación y a las entidades territoriales, cuando por razón de su objeto compitan con empresas privadas, no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas, lo cual resulta igualmente aplicable a sus servidores”*.

5. Intervención ciudadana de Adriana Rincón Villegas

Adriana Rincón Villegas interviene en este asunto para solicitar a la Corte la exequibilidad del artículo parcialmente acusado.

Señala que es claro para la Corte (sentencia C-209/97) el hecho de que el legislador decida aplicar normas de carácter privado a las empresas industriales y comerciales del Estado a pesar de que dichas entidades son estatales, no desconoce su pertenencia a la administración pública como entidades descentralizadas por servicios. La condición de entidades del Estado está

claramente reconocida tanto que se les aplica el mismo régimen especial relativo a las responsabilidades, inhabilidades, incompatibilidades y régimen disciplinario del sector público por lo que no es cierto que se regule en un todo por el derecho privado sin excepción alguna, pues, es claro para la Corte que en algunos casos se hace remisión a las normas de derecho público en dicho tipo de empresas.

Expone que la norma acusada responde a razones de derecho y de políticas económicas del mundo contemporáneo. Se les aplican normas de derecho privado no en virtud de cómo está conformado su capital y cuál es la participación del Estado en la empresa, sino con base en qué tipo de funciones cumplen. Además, para preservar la libre competencia y el derecho a la igualdad se les aplican normas de derecho privado para que actúen en condiciones equivalentes a las sociedades mercantiles, lo cual impide que utilizando sus prerrogativas de derecho público que le otorga la ley, puedan ejercer actividades que vulneren dichos principios de igualdad y libre competencia frente a las empresas privadas con las que compiten.

Indica que es claro que el régimen mercantil propende por el libre cambio y la eficiencia de las sociedades por lo que concede una serie de libertades y potestades que hacen de la actividad privada una posibilidad mucho más rápida y eficiente lo que no pasa en el sector público al tener un régimen normativo más restrictivo y estricto que disminuye la celeridad en las actuaciones. Concluye que con la existencia de las empresas industriales y comerciales del Estado se concede la posibilidad *“de que interactúe, en una relativa igualdad de condiciones, con las empresas del sector privado; de que pueda competir con ellas ofreciendo una capacidad equivalente, lo cual no sería posible si, como se dijo, están regidas por la normatividad del derecho público...Por todo lo anterior,nadie, ni el legislador ni el juez constitucional, han desconocido la naturaleza estatal de estas empresas; es sólo que, para hacerlas realmente eficientes, se les aplican ciertas normas civiles y mercantiles y así el Estado puede hacer parte de la dinámica del libre mercado y de la competencia en condiciones de relativa igualdad”*.

6. Academia Colombiana de Jurisprudencia

Saúl Sotomonte Sotomonte por encargo de la Academia Colombiana de Jurisprudencia de la cual es miembro, interviene en este asunto aunque en forma extemporánea para solicitar la exequibilidad del artículo parcialmente demandado.

Manifiesta que la Ley 489 de 1998 (art. 4), es el estatuto marco de un nuevo tipo societario como son las sociedades creadas con participación de entidades públicas en la totalidad de su capital en el cual se indica que se regirán por las disposiciones establecidas en los actos de creación debiendo ser allí donde habrá de señalarse las especialidades pertinentes en materia de contratación y de servidores, como lo establece la Ley 80 de 1993 (art. 13) al expresar que los contratos que celebren en las entidades estatales se regirán por las disposiciones

comerciales y civiles pertinentes, excepto en la materia particularmente reguladas en la misma ley.

Considera que lo previsto en el numeral 4 acusado, no se aplica sólo a las filiales de las que se ocupa el numeral 1, sino que es imperativo para todas las sociedades cuyo capital en su totalidad pertenezca a entes públicos. Aduce que no se vulnera el régimen de los servidores públicos previsto en el artículo 123 de la Constitución por cuanto es en el acto de creación de la sociedad donde habrá de tenerse en cuenta la previsión de la norma constitucional. Expone que la misma sentencia C-671 de 1999, permite sostener que no se presenta la inexecutable y lo que se configura es la necesidad de una correcta interpretación.

Termina su exposición indicando que *“abstracción hecha del debate de la violación o no del principio de igualdad en materia contractual, podría pensarse que la remisión de la ley cuestionada a las normas comunes no es más que la intención del legislador por modificar el régimen de la contratación pública, lo que bien podría darse si se tiene en cuenta que el mismo no es de rango constitucional. Otra cosa será su conveniencia o no para el país...Sin desconocer la potestad de la Corte Constitucional para pronunciarse sobre la adición que en materia de servidores públicos solicitan los actores, encontramos que el tema ya fue tratado en la respectiva sentencia C-671/99”*.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En concepto recibido en la Secretaría General de esta Corporación, el día 20 de abril de 2007, el señor Procurador General de la Nación solicita a la Corte declarar la exequibilidad del inciso 1 y el numeral 4 del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, bajo el entendido que, las empresas y sociedades creadas con participación de empresas industriales y comerciales del Estado se sujetan al régimen privado y en particular a las disposiciones del Código de Comercio y legislación complementaria, *“sin perjuicio de que en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias”*.

Como fundamento de su pretensión empieza por referir a la competencia para la creación y determinación del régimen de las entidades públicas entre el legislador y el ejecutivo para indicar que en el acto de creación o en acto posterior del ente competente puede autorizarse a las entidades públicas, en ejercicio de la autonomía administrativa y conforme a sus estatutos, la creación de entidades descentralizadas de segundo grado, que por decisión de dos o más entidades públicas corresponde al principio de colaboración previsto en el artículo 209 de la Constitución, y que debe encaminarse al cumplimiento de los fines estatales y en particular de las entidades ya que éstas no pueden destinar bienes o recursos para fines diferentes a su objeto.

En cuanto al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado observa que la Ley 489 de 1998 (arts. 85 a 93), conserva en general la definición y el régimen que a las empresas industriales y comerciales del Estado señaló el Decreto 1050 de 1968 y las dota de las mismas características como personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio conformado por recursos públicos.

Expone que las empresas industriales y comerciales del Estado se sujetan al régimen privado en lo que tenga relación directa con su objeto, si bien en otros aspectos se someten al régimen público. Indica que para entender la doble naturaleza de su régimen jurídico, es decir, público y privado, se debe partir de que *“cada tipo de persona jurídica en que se organiza el Estado corresponde a una forma de intervención diferente en la sociedad y en la economía, todas orientadas por los mismos fines estatales pero, encargadas de funciones diferentes”*. El legislador tiene libertad de configuración para determinar el régimen jurídico de los diferentes tipos de entidades públicas como lo expresan los artículos 210 y 150 de la Constitución, sobre lo cual la Corte en sentencia C-629 de 2003, ha determinado qué comprende dicha facultad de regulación.

Aduce que las empresas industriales y comerciales del Estado, según lo previsto en el artículo 115 de la Carta y el artículo 87 de la Ley 489 de 1998, hacen parte de la rama ejecutiva, son *“una forma de intervención en la economía que tiene como finalidad fortalecer un sector o una actividad económica en condiciones de competitividad con el sector privado. Ello explica que estas entidades deban someterse a las mismas condiciones de las empresas privadas, pues, de lo contrario, de una parte no tendrían la agilidad y flexibilidad en la toma de decisiones que requieren las actividades comerciales y de otra parte, al utilizar en el giro ordinario de sus negocios las prerrogativas del Estado, no permitiría el libre juego de las fuerzas del mercado o libre competencia a la que se refiere el artículo 333 de la Constitución. Pero esta flexibilidad en el desarrollo de su objeto no implica olvidar el origen público de sus recursos y la obligación de coordinar y armonizar su actuación con la de las demás entidades del Estado, pues si bien las empresas industriales y comerciales del Estado (EICE) se comportan como un agente más del mercado, su finalidad, más allá del lucro es el logro de las metas de la política macro económica”*.

Respecto al régimen de personal expresa que el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, señala que quienes presten sus servicios en estas entidades tienen la categoría de trabajadores oficiales, que fue declarado exequible en la sentencia C-484 de 1995. Expone que dichos servidores públicos tienen en general una vinculación laboral de tipo contractual, si bien en los estatutos se debe determinar cuáles de los servidores a nivel directivo tienen el carácter de empleados públicos. Régimen de personal que corresponde a la gestión de las empresas industriales y comerciales en condiciones similares a las empresas privadas por lo que se rigen en lo pertinente por el Código Laboral, declarado constitucional entre otras sentencia en la C-579 de 1996.

De esta forma, manifiesta que el carácter de empresas industriales y comerciales tiene implicaciones que no tendrían lugar si se rigieran solamente por el derecho privado *“por ejemplo: el régimen de inhabilidades para los miembros de las juntas y consejos directivos (art. 180-3, 292 y 323 Co.Po. y artículo 89 Ley 489 de 1998), la sujeción a las disposiciones de presupuesto y planeación (art. 352 Co. Po.), sujeción a las reglas de contabilidad oficial (art. 354), la posibilidad de recibir delegaciones del Presidente de la República, la calidad de servidores públicos de sus empleados, la limitación de su participación en política, la nominación de sus directivas y el control administrativo por parte del gobierno nacional, seccional y local (art. 304, 305-11, 315 Co. Po.), el control fiscal (art. 267 Co.Po.), el control político de las corporaciones públicas (art. 208 Co. Po.), el régimen contractual para los actos diferentes a su actividad industrial o comercial (art. 93 ley 489 de 1998), entre otros”*.

Para el Ministerio Público la norma parcialmente demandada no vulnera la Constitución por cuanto resulta coherente que las empresas descentralizadas de segundo grado tengan un régimen similar a las empresas industriales y comerciales que participan en su creación, régimen que resulta coherente con la actividad y la participación competitiva de dichas empresas. Señala que si la creación de la empresa se da por autorización general o especial de la ley, ordenanza o acuerdo, según el nivel de las entidades que participen, su creación se hará en los términos de tal autorización como lo expuso la Corte en sentencias C-953 de 1999 y C-727 de 2000, en las cuales se refirió a la constitucionalidad de la autorización para crear empresas industriales y comerciales y entidades de segundo grado.

Agrega que si bien se consagra para las entidades creadas por las empresas industriales y comerciales el régimen de derecho privado *“obsérvese que se limita tal sujeción en diferentes aspectos, particularmente para las filiales de estas empresas (es decir, aquellas en las que tengan más del 51% de participación), entre estas limitaciones encontramos los criterios de control administrativo que sean consagrados en el acto de creación, en el cual deben establecerse los instrumentos mediante los cuales la empresa industrial y comercial del Estado que ostente la participación mayoritaria asegure la conformidad de la gestión con los planes y programas y las políticas del sector administrativo dentro del cual actúen”* (art. 94 numeral 6), como corresponde a los principios de planeación y coordinación de la administración pública art. 209 y 210 Co. Po. Esta limitación también fue considerada por la Corte en la sentencia C-953 de 1999, al declarar la exequibilidad del numeral 3 (parcial) del artículo 94 de la Ley 489 de 1998”.

Concluye así que del contexto normativo de la norma acusada y un análisis sistemático de la legislación y jurisprudencia permiten establecer los límites en la aplicación del régimen privado a las empresas de segundo grado creadas con participación de empresas industriales y comerciales del Estado. Sin embargo, considera que los términos de redacción del numeral 4 acusado, podría prestarse a interpretaciones como el que *“solamente pueda aplicarse a estas entidades el régimen privado, al señalar que ‘el funcionamiento y en general los actos,*

contratos, servidores y las relaciones con terceros se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, en particular las del Código de Comercio y legislación complementaria. Lo anterior por cuanto la disposición no hace ninguna salvedad relativa a los aspectos diferentes al giro ordinario de la actividad comercial, en los cuales se aplica el derecho público. Por lo anterior, ...en este caso, se debe introducir la aclaración que hiciera la Corte en la parte resolutive de la sentencia C-671 de 1999, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, en relación con la sujeción de las personas jurídicas sin ánimo de lucro de capital público al régimen privado, particularmente a las disposiciones del Código Civil... ”.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer y decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, de conformidad con el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política.

2. cuestión previa: Aptitud de la demanda:

El Ministerio de Hacienda y crédito Público solicita a la Corte que se emita un fallo inhibitorio por cuanto existe ineptitud de la demanda, ya que los actores *“no especifican de manera clara y precisa los argumentos en los cuales se fundamenta la afirmación de inconstitucionalidad”*. Señala que se limitan a enunciar los cargos realizando afirmaciones indefinidas que no presentan ninguna conclusión. Anota que es evidente la falta de profundidad en el análisis efectuado por lo que incumplen el requisito de suficiencia en las razones de inconstitucionalidad. Expone que al no esgrimirse las razones adolece la demanda de ineptitud sustantiva.

Según los actores, en resumen, las normas demandadas vulneran los artículos 13, 123, 150-7, 209, 210, 300-7 y 313-6 de la Constitución, por cuanto es claro que las entidades descentralizadas por servicios tanto directas o de primer grado como indirectas o de segundo grado como es el caso de las asociaciones y/o filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado, pertenecen a la estructura del Estado bien sea a nivel nacional, departamental (art. 300-7 superior) o municipal (art. 313-6 constitucional), haciendo parte de la administración pública ya que sus socios son entidades públicas, el patrimonio es público y los recursos son 100% estatales, por lo que no resulta procedente que se regulen *“en un todo y por todo”* por el derecho privado o el Código de Comercio. Consideran así que *“cómo va a ser posible...que basta que una Empresa Industrial y Comercial del Estado se asocie con otras entidades públicas, para que por ese sólo hecho ya estar sometida por puro derecho privado-Código de Comercio. Sería una manera muy cómoda y muy fácil para que estas empresas se ‘burlen’, ‘eludan’ su régimen natural y propio”*.

Si bien en la demanda se plantean otras consideraciones adicionales a la señalada, la breve síntesis permite apreciar cargos claros y precisos que plantean a la Corte una situación de contradicción al menos literal o aparente entre las normas acusadas y los preceptos superiores señalados como vulnerados, cumpliéndose así con la exigencia mínima de claridad y suficiencia en el planteamiento de un debate de rango constitucional que amerita un pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación.

A lo anterior hay que agregar que, de conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Corporación,

“ ... a la hora de examinar cómo presenta el actor el concepto de la violación, el juez de control de constitucionalidad, en aplicación del principio pro actione, debe evitar un exceso de rigor que impida ejercer el derecho de acceso a la justicia; al respecto la Corte ha dicho:

“...con base en la jurisprudencia constitucional se ha considerado que “la apreciación del cumplimiento de tales requerimientos ha de hacerse en aplicación del principio pro actione de tal manera que se garantice la eficacia de este procedimiento vital dentro del contexto de una democracia participativa como la que anima la Constitución del 91. Esto quiere decir que el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo.”²”³.

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la Corte entrará a estudiar en el fondo los cargos formulados contra las normas demandadas.

3. Planteamientos de la demanda y problemas jurídicos a resolver

Para los accionantes el inciso 1 y numeral 4 del artículo 94 de la Ley 489 de 1998⁴, vulneran los artículos 13, 123, 150-7, 209, 210, 300-7 y 313-6 de la Constitución, ya que por el hecho de asociarse y/o crear filiales las empresas industriales y comerciales del Estado cuyos recursos son completamente estatales, no puede implicar en cuanto al régimen jurídico que se rijan en un

² Sentencia C-1052 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³ Sentencia C-140 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴ **ARTICULO 94. ASOCIACION DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.** *Las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales se rigen por las disposiciones establecidas en los actos de creación, y las disposiciones del Código de Comercio. Salvo las reglas siguientes: ...*

4. Régimen jurídico.

El funcionamiento y en general el régimen jurídico de los actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, en especial las propias de las empresas y sociedades previstas en el Código de Comercio y legislación complementaria.

todo en cuanto a sus actos, contratos y calidad de los empleados que allí laboran por las disposiciones del derecho privado o del Código de Comercio. Pretenden así la inexecutable de la norma parcialmente acusada o en su defecto la executable condicionada en los términos de la sentencia C-671 de 1999⁵.

Las intervenciones del Ministro de Hacienda y Crédito Público, Ministro de Comercio, Industria y Turismo, Departamento Administrativo de la Función Pública y de la ciudadana Adriana Rincón Villegas concuerdan en solicitar la declaración de executable del artículo parcialmente acusado⁶. La Universidad del Rosario participa de la executable pero condicionada a que las asociaciones de empresas industriales y comerciales del Estado se les aplique el régimen privado salvo cuando haya lugar a aplicar el derecho público en los eventos que la ley lo disponga.

Por su parte, el Procurador General de la Nación solicita declarar la executable de los apartes acusados en los términos de la sentencia C-671 de 1999, es decir, bajo el entendido que, las empresas y sociedades creadas con participación de empresas industriales y comerciales del Estado se sujetan al régimen privado y en particular a las disposiciones del Código de Comercio y legislación complementaria, *“sin perjuicio de que en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias”*.

La Corte abordará como problemas jurídicos los relacionados con el cargo general planteado por los accionantes consistente en si se vulnera los artículos 13, 123, 150-7, 209, 210, 300-7 y 313-6 de la Constitución, prever en los apartes impugnados, que se rigen por las disposiciones del Código de Comercio y legislación complementaria los actos jurídicos, contratos y servidores de: (i) las empresas y sociedades que se creen con participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado; (ii) las empresas y sociedades que se creen con participación de empresas industriales y comerciales del Estado, entidades descentralizadas y entidades territoriales; y, (iii) las empresas filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado que se creen con participación de entidad territorial u otra entidad descentralizada.

Para resolver tales cuestionamientos, la Corte hará mención a la potestad organizativa del Estado, a las entidades descentralizadas por servicios en general, al régimen jurídico aplicable a los actos, contratos y carácter de las personas que laboran en las empresas industriales y comerciales del Estado, y se

⁵ En esta sentencia la Corte resolvió sobre la constitucionalidad del artículo 95 de la Ley 489 de 1998, que refiere a la asociación entre entidades públicas, que fue declarado executable *“bajo el entendido de que ‘las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género’, sin perjuicio de que, en todo caso el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de los actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias”*.

⁶ La Academia colombiana de jurisprudencia intervino aunque extemporáneamente para solicitar la executable de la norma parcialmente demandada.

referirá a algunos aspectos generales de la asociación de las sociedades de economía mixta y a sus filiales.

4. Potestad organizativa del Estado, creación de entidades descentralizadas por servicios y aspectos que involucra su régimen jurídico.

La Constitución Política de 1991, al establecer en el artículo 1º, como forma organizativa del Estado colombiano, el de República unitaria, *descentralizada*, con autonomía de sus entidades territoriales, introdujo un valor central dentro de nuestra estructura política⁷. En este sentido la Corte ha explicado que la descentralización administrativa obedece a *“una concepción política y a una técnica y modelo de organización y funcionamiento de la rama ejecutiva del poder público, la cual implica la concreción o asunción, bajo un régimen de autonomía, por organismos que son personas jurídicas, de funciones o potestades propias del Estado o de actividades que comportan la actuación de éste en el campo de la actividad privada, o la gestión y satisfacción de necesidades regionales y locales”*⁸.

En el mismo sentido ha dicho la Corte que la Constitución consagra, de una parte, la descentralización territorial, establecida con una base geográfica y un evidente valor democrático, en cuanto constituye el ámbito dentro del cual los propios interesados, bajo un régimen de autonomía, buscan la satisfacción de las necesidades regionales y locales (Art. 1, 287 C.P.), y de otra, la descentralización por servicios, que constituye una de las modalidades organizativas previstas en la Constitución para el ejercicio de la función administrativa (Art. 209 C.P.), la cual comporta la existencia de personas dotadas de autonomía jurídica patrimonial y financiera, articuladas administrativa y funcionalmente con el Estado, a las cuales se les asignan por la ley potestades jurídicas específicas⁹.

En efecto, la *descentralización por servicios* puede definirse como la atribución de competencias o funciones de la administración a determinadas entidades creadas para la gestión estatal de actividades especializadas¹⁰. Como modalidad organizativa prevista en la Constitución la descentralización por servicios *“comporta la existencia de personas dotadas de autonomía jurídica patrimonial y financiera, articuladas administrativa y funcionalmente con el Estado, a las cuales se les asignan por la ley potestades jurídicas específicas”*¹¹.

Entidades descentralizadas por servicios, que de conformidad con la Constitución, art. 210, solo pueden ser creadas por la ley o con su autorización,

⁷ Sentencia C- 244/01 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁸ Sentencia C-295/95 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁹ En relación con la noción de descentralización y sus diferentes manifestaciones ver, entre otras, las sentencias C-308/94 M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-543/01, C-1112/01, C-482/02 y C-037/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-1258/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño, C- 894/03 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰ Sentencias C-295 de 1995, C-1051 de 2001 y C-127 de 2003.

¹¹ Sentencia C-784 de 2004.

con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa (Art. 209 C.P.), correspondiéndole también a la ley establecer el régimen jurídico que les será aplicable y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes (C.P., art. 210).

Mandato constitucional que armoniza con lo previsto en el artículo 150-7 de la Carta¹², que faculta al Congreso de la República para 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 mixta¹³, *para lo cual el legislador deberá tener en cuenta, obviamente, los fines del Estado y de sus autoridades y las misiones que están llamadas a cumplir las entidades constitucionalmente previstas*¹⁴.

En efecto, el legislador ostenta una potestad de configuración de la estructura de la administración que comporta, como lo ha considerado esta corporación¹⁵, no solo la posibilidad de determinación de las características de los órganos y entidades que la conforman sino también de las funciones generales de las mismas -salvo naturalmente las previsiones expresas que al respecto haya efectuado la propia Constitución en relación con la suprema autoridad administrativa (Artículo 189), los Ministros y los Directores de Departamentos Administrativos, como jefes de la administración (artículo 208) y algunos órganos y entidades específicos- y de las correspondientes interrelaciones con aplicación de los principios constitucionales de la función administrativa y de reglas de organización enunciadas en el texto superior y teniendo en cuenta la disposición constitucional sobre integración de la rama ejecutiva del poder público (artículo 115).

Igualmente, como lo ha determinado esta Corte¹⁶, de conformidad con el artículo 210 de la Constitución, de manera específica compete al legislador determinar el régimen jurídico de las entidades descentralizadas. Lo que entraña,

¹² “ARTÍCULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

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”.

¹³ El artículo 150-7 constitucional, debe interpretarse de manera armónica y sistemática con el artículo 189 de la Carta, que atribuye al Presidente de la República en los numerales 15 y 16, las facultades de i) suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley, y ii) modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley.

¹⁴ La Corte en sentencia C-629 de 2003, indicó: “En desarrollo de las atribuciones que someramente se han enunciado, el legislador deberá tener en cuenta, obviamente, los fines del Estado y de sus autoridades y las misiones que están llamadas a cumplir las entidades constitucionalmente enumeradas y las que el mismo legislador, dentro de sus competencias, estime necesario crear para el cabal cumplimiento de los cometidos estatales”.

¹⁵ Sentencia C-629 de 2003

¹⁶ “ “ “

entre otros aspectos, la precisión de cuáles de los organismos enunciados constitucionalmente conforman tal categoría administrativa y jurídica, la determinación de funciones generales, organización básica interna, régimen de la actividad, de los actos y contratos, responsabilidad de sus directores y gerentes y las interrelaciones con los demás órganos del Estado y de la administración. En desarrollo de las atribuciones que someramente se han enunciado, el legislador deberá tener en cuenta, obviamente, los fines del Estado y de sus autoridades y las misiones que están llamadas a cumplir las entidades constitucionalmente enumeradas y las que el mismo legislador, dentro de sus competencias, estime necesario crear para el cabal cumplimiento de los cometidos estatales.

El ejercicio de la aludida potestad por parte del legislador habrá de procurar la optimización del cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual deberá observar los límites señalados en la propia Constitución atinentes a los derechos fundamentales de los asociados, y a los enunciados constitucionales en relación con la estructura y funcionamiento de la organización del Estado y los modelos institucionales previstos para el desarrollo de las diversas actividades a cargo del Estado.

Además, como lo ha considerado esta corporación, la descentralización por servicios, “... siempre ha tenido como presupuesto una relación que implica un poder de supervisión y orientación que se ejerce para la constatación de la armonía de las decisiones de los órganos de las entidades descentralizadas con las políticas generales adoptadas por el sector, y que es llevado a cabo por una autoridad sobre otra, o sobre una entidad, control que el constituyente avaló cuando acogió esta forma de organización administrativa”¹⁷.

Entidades descentralizadas por servicios, que constitucionalmente no solo se rigen por lo previsto en los artículos 209 y 210, sino además por otras disposiciones que regulan de forma directa el ejercicio de *diversos aspectos* específicos de las mismas, como la calidad de los servidores, inhabilidades, controles, nombramiento y remoción, regulación presupuestal, etc., según puede apreciarse: i) el carácter de servidores públicos de los miembros de entidades descentralizadas por servicios (art. 123); ii) los congresistas no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel (art. 180-3); los diputados, concejales y sus parientes dentro grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio (art. 292); y los concejales y los ediles no podrán hacer parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas (art. 323); iii) Las cámaras pueden requerir la asistencia de los ministros. Las comisiones permanentes, además, la de los directores o gerentes de las entidades descentralizadas del orden nacional y la de otros funcionarios de la rama ejecutiva del poder público (art. 208); iv) la ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los representantes legales de entidades descentralizadas (art. 211); v) el control fiscal es una función que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual

¹⁷ Sentencia C-727 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación (artr. 267); vi) habrá un Contador General quien llevará la contabilidad general de la Nación y consolidará ésta con la de sus entidades descentralizadas por servicios, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan, excepto la referente a la ejecución del Presupuesto, cuya competencia se atribuye a la Contraloría (art. 354); vii) corresponde a las asambleas departamentales por medio de ordenanzas solicitar informe sobre el ejercicio de sus funciones a los directores de institutos descentralizados del orden departamental (art. 300-11); son atribuciones del gobernador nombrar y remover libremente a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del Departamento. Los representantes del departamento en las juntas directivas de tales organismos y los directores o gerentes de los mismos son agentes del gobernador (art. 305-5); y son atribuciones del gobernador velar por la exacta recaudación de las rentas de las entidades descentralizadas (art. 305-11); viii) son atribuciones del alcalde nombrar y remover a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local (art. 315-3); ix) la ley orgánica de presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar (art. 352); y x) los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado forman parte de la Rama Ejecutiva (art. 115), entre otras disposiciones¹⁸.

En efecto, la calificación que haga el legislador de una entidad o de categorías de entidades como “*entidades descentralizadas*”, en desarrollo de las atribuciones que le confiere los artículos 150-7 y 210 de la Constitución, *per se* comporta la sujeción directa de dicha entidad o entidades a las reglas constitucionales citadas anteriormente, que aluden a aspectos diversos de la organización, funcionamiento y control de todos los organismos que ostenten dicha calidad¹⁹.

Ahora bien. De conformidad con la Constitución, artículo 210, el legislador cuenta con una potestad para configurar el régimen jurídico de las entidades descentralizadas, el cual como ya se advirtió, involucra entre otros aspectos, “*la precisión de cuáles de los organismos enunciados constitucionalmente conforman tal categoría administrativa y jurídica, la determinación de funciones generales, organización básica interna, régimen de la actividad, de los actos y contratos, responsabilidad de sus directores y gerentes y las interrelaciones con los demás órganos del Estado y de la administración*”²⁰. En efecto, el establecimiento del régimen jurídico de las entidades descentralizadas hace parte de la potestad de configuración legislativa²¹ y que cualquiera fuera la categoría a la cual pertenecieran “*se rigen por el derecho público o por el derecho privado según la naturaleza de la actividad que desarrollen, y de*”

¹⁸ Puede consultarse al efecto la sentencia C-629 de 2003 y C-992 de 2006.

¹⁹ Sentencia C-629 de 2003 M.P. Alvaro Tafur Galvis

²⁰ Sentencias C-629 de 2003 y C-992 de 2006.

²¹ Sentencia C-889 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

conformidad con lo establecido por la Ley 489 de 1998 para cada caso. Sin embargo, en todo caso, es deber del Estado actuar para que se cumplan los fines que les fueron dados, ya sea porque es de interés público o para orientar la económica y el desarrollo social, siendo potestad del legislador evaluar la necesidad de someterlas a uno u otro régimen”²².

En este orden de ideas, si le corresponde al legislador la determinación del régimen jurídico de las entidades descentralizadas por servicios, bien puede asignar a cada una de ellas regímenes distintos según la finalidad que le asigne y en atención a si en ellas concurre o no la participación de particulares.

En virtud de su potestad de configuración, el legislador expidió la ley 489 de 1998, que consagra la normatividad sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional y las reglas para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución²³, en cuyo artículo 38 num. 2º dispone que, en el orden nacional, son entidades descentralizadas por servicios (i) los establecimientos públicos, (ii) las empresas industriales y comerciales del Estado, (iii) las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, (iv) las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, (v) los institutos científicos y tecnológicos, (vi) las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, y (vii) las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley, para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Esta disposición señala además, en el Parágrafo 1º, que las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someterán al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Armonizando con la anterior disposición, y al tratar de manera especial sobre las entidades descentralizadas del orden nacional, la ley 489 de 1998, artículo 68, dispone que son (i) los establecimientos públicos; (ii) las empresas industriales y comerciales del Estado; (iii) las sociedades públicas y de economía mixta; (iv) las superintendencias y unidades administrativas especiales con personería jurídica; (v) las empresas sociales del Estado; (vi) las empresas oficiales de servicios públicos; y, (vii) las demás entidades creadas por la ley o autorizadas por ésta, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, sujetas al control político y la suprema dirección del órgano de la administración al cual estén adscritas.

Además, consagra la disposición citada, que las entidades descentralizadas *se sujetan* a las reglas señaladas en la Constitución, a las propias de dicha ley, a las leyes que las crean y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos

²² Sentencia C-127 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²³ “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”.

internos. También que, los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato constitucional, se someten a las disposiciones que establezca la ley. Y, en los párrafos de dicha disposición se alude, entre otros aspectos, a que atendiendo el inciso 2 del artículo 210 de la Constitución, *el régimen jurídico* que se contempla para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial²⁴.

Finalmente, cabe recordar que de conformidad con la Constitución, artículos 300-7 y 313-6, las entidades descentralizadas, en el orden departamental, distrital o municipal, se crean por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, y que 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 (Ley 489 de 1998, art. 69).

5. Las empresas industriales y comerciales del Estado, creación y régimen jurídico aplicable a los actos y contratos. Carácter de los servidores que en ellas laboran.

Según la Constitución Política, las empresas industriales y comerciales del Estado forman parte de la rama ejecutiva (art. 115), y como tales son parte de la estructura de la administración. Norma Superior que le atribuye al Congreso la facultad para crearlas o autorizar su constitución, y a las Asambleas y Concejos la de su creación directamente (arts. 150-7, 300-7 y 313-6).

En efecto, las empresas industriales y comerciales del Estado sólo pueden ser creadas por ley²⁵ o por autorización de ésta²⁶, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa (C.P., art. 210), por lo que no pueden tener origen puramente administrativo²⁷, y la autorización para su creación no puede ser genérica o indeterminada sino específica y precisa²⁸.

Es decir, que la posibilidad de que se autorice en cada caso la constitución de dichas empresas así como la posibilidad de definición de características generales y del régimen administrativo y jurídico encuentra soporte directo en la Constitución (arts. 150-7, 300-7, 313-6 C.P.).

Al respecto de las empresas industriales y comerciales del Estado esta corporación ha considerado que *“Configuran elementos organizativos constitucionales y de acción dentro del Estado Social de Derecho. Concretamente, son instrumentos de intervención, de cumplimiento de actividades industriales y comerciales y de servicio público que encuentran claro sustento en los mandatos superiores según los cuales el Estado debe intervenir en los servicios públicos y privados para racionalizar la economía*

²⁴ Sobre esta disposición puede consultarse la sentencia C-727 de 2000, en relación con la expresión *“las superintendencias”*, que fue declarada exequible.

²⁵ Sentencia C-196 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁶ Sentencia C-727 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁷ Sentencia C-196 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

²⁸ Sentencia C-357 de 1994 M. P. Jorge Arango Mejía

con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo. Obsérvese que, por otra parte, la misma norma constitucional ordena al Estado intervenir para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos y también para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. A lo que debe sumarse que el artículo 366 de la Carta establece que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado.”²⁹

De esta forma, si la función administrativa esta al servicio de los *intereses generales*, la creación de las empresas industriales y comerciales del Estado también debe orientarse al desarrollo de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, como lo ha sostenido la Corte al considerar que *“las empresas industriales y comerciales del Estado... hacen parte de la rama ejecutiva del poder público (art 115 C.P.) y en ese orden de ideas, la búsqueda y logro de los intereses generales, evidentemente, impone una gestión objetiva que debe encauzarse mediante la observancia, entre otros, de los principios enunciados en el artículo 209 constitucional, propios del quehacer administrativo público, y del ámbito del derecho público; los cuales no pueden predicarse ni todos, ni con la misma intensidad y profundidad en relación con las actividades de los particulares”³⁰ ³¹.*

Ahora bien. De conformidad con lo previsto en la Constitución, artículo 210, le corresponde al Legislador establecer su régimen jurídico y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes (arts. 210), debiendo sujetarse al régimen previsto para los servidores públicos (art. 123), al control fiscal (art. 267) y a la normatividad propia de contabilidad general de la Nación (art. 354), entre otros aspectos³².

Facultades del Congreso en lo concerniente a la fijación del régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado que no comprende aquellas decisiones de carácter, exclusivamente, administrativo, como pueden ser las relacionadas con la determinación de la estructura interna física y de personal de una entidad estatal, las cuales pertenecen a la órbita de competencia del Ejecutivo, cuya potestad se ejerce con el fin de cumplir con los objetivos asignados a las respectivas empresas³³.

Régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado, que de manera general se encuentra consagrado en la Ley 489 de 1998, *que consagra las normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, y los principios y reglas generales para el ejercicio de las*

²⁹ Sentencia C-992 de 2006

³⁰ Ver, entre otras, la Sentencia C-629/03 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

³¹ Sentencia C-992 de 2006.

³² Consúltese al respecto la sentencia C-992 de 2006.

³³ Sentencia C-209 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara.

atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución.

En efecto, el artículo 49 de la Ley 489 de 1998, señala que las empresas industriales y comerciales del Estado “*podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma*”³⁴. En el mismo sentido el artículo 85 de dicha ley dispone que dichas empresas “*son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, ...*”, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnan como características la de tener (i) personería jurídica, (ii) autonomía administrativa, (iii) financiera, y, (iv) capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución³⁵.

En cuanto al *contenido del acto de creación* de una entidad descentralizada, la Corte al interpretar el artículo 150-7 de la Constitución, respecto al artículo 50 de la Ley 489 de 1998³⁶ que lo desarrolla, señaló:

*“... el contenido del acto de creación de una entidad descentralizada debe asignar a ésta **los objetivos y estructura orgánica**, los que naturalmente deben estar en consonancia con las finalidades propias del Estado y servir a su cabal realización y que de acuerdo con las características institucionales y funcionales que en cada caso haya definido el legislador, también corresponde a éste determinar los mecanismos de armonización con las políticas y planes adoptados, los controles que graviten sobre la entidad y la forma como han de ejercerse por razón de las actividades específicas asignadas legalmente*”³⁷.

...

De lo allí explicado se desprende que i) en desarrollo del artículo 150-7 de la

³⁴ Sentencia C-727 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Declaró exequible la expresión “*o con autorización de la misma*”, contenida en el artículo 85 de la Ley 489 de 1998.

³⁵ Sentencia C-727 de 2000. Declaró exequible la expresión “*o autorizadas por ésta*”, contenida en el artículo 85 de la Ley 489 de 1998.

³⁶ “**ARTICULO 50. CONTENIDO DE LOS ACTOS DE CREACION.** La ley que disponga la creación de un organismo o entidad administrativa deberá determinar sus objetivos y estructura orgánica, así mismo determinará el soporte presupuestal de conformidad con los lineamientos fiscales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La estructura orgánica de un organismo o entidad administrativa comprende la determinación de los siguientes aspectos:

- 1. La denominación.*
- 2. La naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico.*
- 3. La sede.*
- 4. La integración de su patrimonio.*
- 5. El señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y*
- 6. El Ministerio o el Departamento Administrativo al cual estarán adscritos o vinculados.*

PARAGRAFO. *Las superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales estarán adscritos a los ministerios o departamentos administrativos; las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta estarán vinculadas a aquellos; los demás organismos y entidades estarán adscritos o vinculados, según lo determine su acto de creación”.*

³⁷ Sentencia C-1190/00 M.P. Álvaro Tafur Galvis

Carta, que otorga competencia al legislador para crear, suprimir o fusionar entidades del orden nacional y para señalar sus objetivos y estructura orgánica, el artículo 50 de la Ley 489 de 1998, al definir lo que se entiende por contenido de los actos de creación de una entidad, dispone expresamente que la estructura orgánica de un organismo comprende la determinación de los siguientes elementos: (a) la denominación, (b) la naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico, (c) la sede, (d) la integración de su patrimonio, (e) el señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y (f) el ministerio o departamento administrativo al cual estarán adscritos o vinculados; ii) también la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en torno al alcance de la competencia legislativa para establecer la estructura orgánica de una entidad, coincidiendo plenamente con el criterio orgánico, en el sentido de que dicha facultad incluye además de la determinación de los órganos de administración y dirección la definición de los regímenes jurídico, patrimonial y laboral de los funcionarios y empleados de la respectiva entidad; iii) dentro de los parámetros constitucionales, el deslinde de competencias corresponde al legislador, en ejercicio de su potestad de configuración, puesto que, al establecer la estructura orgánica de las entidades que cree, puede hacerlo con mayor o menor detalle, y lo mismo acontece respecto del señalamiento de las respectivas competencias”³⁸.

En efecto, los requisitos a que alude el artículo 50 de la Ley 489 de 1998 también deberán determinarse en la ley que disponga sobre la creación de una empresa industrial y comercial del Estado, así como la indicación del ministerio o departamento administrativo al cual queda vinculada.

Y, respecto de la personería jurídica que deben tener las empresas industriales y comerciales del Estado, ha considerado esta corporación, que tal característica les imprime una cierta autonomía para el manejo de sus asuntos, en cuanto que, como lo ha considerado esta corporación, es una autonomía de origen legal, y limitada, pues estas entidades están sometidas a un control de tutela. En efecto, dicha autonomía no tiene protección constitucional contra la voluntad del legislador, por lo que la ley puede disponer de ella bien ampliando o reduciendo el grado de control de tutela sobre la respectiva entidad, ya sea suprimiendo incluso a la empresa misma³⁹.

En relación con el establecimiento del *régimen jurídico aplicable* a estas empresas, que según se ha expuesto corresponde a la configuración del legislador, según asignación constitucional⁴⁰, cabe mencionar que el artículo 93 de la ley 489 de 1998 dispone que, en relación con el régimen de los actos y contratos, *los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del*

³⁸ Sentencia C-784 de 2004.

³⁹ Sentencia C-088 de 1988 M. P. Alejandro Martínez Caballero

⁴⁰ En sentencia C-992 de 2006, la Corte señaló: “La precisión del régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado corresponde a la ley, conforme al artículo 210 de la Constitución en concordancia, primordialmente, con los artículos 150-7 y 209 de la misma”.

Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.

A las empresas industriales y comerciales del Estado, se les aplicará también, en lo pertinente ciertos artículos de la Ley 142 de 1994, sobre empresas de servicios públicos.

Y, además, según el artículo 87 de la citada ley, estas empresas como integrantes de la Rama Ejecutiva del Poder Público, salvo disposición legal en contrario, gozan de los privilegios y prerrogativas que la Constitución Política y las leyes confieren a la Nación y a las entidades territoriales, según el caso. No obstante, estas empresas que *“por razón de su objeto compitan con empresas privadas, no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas”*⁴¹.

Al respecto del régimen jurídico por el que se rigen las empresas industriales y comerciales del Estado, la Corte ha considerado que si bien existen zonas de certeza sobre la utilización del derecho privado en cuanto a la actuación de estas empresas, que se explican por la exigencia de una mayor flexibilidad en el desarrollo de sus actividades ellos no puede entenderse en el sentido de eliminar la naturaleza jurídica pública de dichas empresas ni que se pueda examinar su actividad sin tomar en cuenta sus *“características identificadoras”*⁴². Así lo expuso en la sentencia C-992 de 2006, al manifestar:

“La Corte señaló en efecto lo siguiente en la sentencia C-629 de 2003⁴³:

“En el ámbito de la doctrina del derecho de la organización estatal constituye tema capital el relativo al régimen jurídico aplicable a las entidades que conforman la administración del Estado y a los principios y criterios constitucionalmente deducibles que hayan de guiar al legislador y, en ciertas circunstancias, al Gobierno y a la propia administración, para determinar si algunas agencias o dependencias estatales y actividades a cargo de éstas han de regirse forzosamente por el derecho público -administrativo- o por el derecho privado, de manera integral o parcial, o si en todo caso puede el legislador escoger discrecionalmente dicho régimen.

Las respuestas al respecto han pasado por la necesidad de reconocer en el texto constitucional mismo garantías institucionales de derecho público o

⁴¹ Sentencias C-540 de 2001 y C-837 de 2001. En esta última decisión la Corte sostuvo que: *“las empresas industriales y comerciales del Estado, desde su concepción y denominación, están diseñadas para el cumplimiento de actividades económicas en un plano de igualdad con los demás agentes económicos, lo cual les impone la obligación de ser económicamente viables”*.

⁴² Sentencia C-992 de 2006 p.m. Alvaro Tafur Galvis

⁴³ M.P. Alvaro Tafur Galvis

reservas de administración pública que llevarían a hacer forzosa en esos supuestos la aplicación de un régimen especial de derecho público - administrativo-, en un extremo, hasta la afirmación de la existencia de actividades que tienen que ser desarrolladas en régimen de derecho privado, en el otro extremo. Estas situaciones extremas constituirían las denominadas zonas de certeza positiva y negativa, respectivamente, quedando entre ellas una zona de incertidumbre (la que tiende a identificarse con la actividad de servicio público y la instrumental logística o de suministro de la administración) donde el legislador -y aún el Gobierno- podría discrecionalmente determinar el régimen jurídico aplicable.

En ese orden de ideas, en la zona de certeza positiva aparecerían aquellos supuestos en los cuales no es posible acudir a la aplicación del régimen de derecho privado; los que en la doctrina se han identificado con la realización de actividades de política pública o de actividades ejecutivas de policía o de fomento, pues se considera que éstas hacen parte de la reserva de administración pública y han de ser desarrolladas con la forma prevista en su garantía constitucionalmente explícita. En la zona de certeza negativa aparecen aquellas actividades, generalmente de gestión económica o de producción de bienes (comerciales o industriales) que el Estado opta por desarrollar en competencia con agentes económicos particulares.

(...)

Así las cosas, es cierto que los fundamentos constitucionales del régimen de la acción del Estado y de las entidades públicas son diferentes de los que sirven de soporte a la actividad de los particulares. Por ello, la búsqueda de una mayor flexibilidad y supuesta eficacia de la gestión, a través de la sujeción de entidades públicas a las disposiciones aplicables a los particulares, no puede enervar el cumplimiento de las finalidades propias definidas en la constitución ni evadir requerimientos ni controles constitucionales.

Ahora bien, en el ámbito de la administración del Estado, es necesario tener en cuenta que las variadas y diferentes manifestaciones de la acción estatal, aunque encaminadas todas ellas a la obtención del interés general, deben ser apreciadas de acuerdo con sus características identificadoras. Así, no son los mismos los parámetros de evaluación tratándose de empresas económicas - industriales y comerciales de propiedad del Estado-, y en ese supuesto es preciso distinguir si actúan en competencia o en monopolio-, o de entidades encargadas de la prestación de servicios públicos, o de agencias y entidades titulares de funciones administrativas propiamente tales.

Así mismo, las características de la gestión pública, incluida aún la gestión pública empresarial, implican tener presente siempre la necesidad de que

la gestión del dinero público se vea sometida a controles que garanticen la máxima transparencia”⁴⁴.” (Subrayas no son del texto original).

La Corte, en varias decisiones ha referido explícitamente al régimen jurídico que cobija los actos propios de las empresas industriales y comerciales del Estado, y al respecto ha señalado que, (i) son entidades de naturaleza jurídica pública aunque por razón de su objeto sus actos se rigen por el derecho privado sin que por ello se elimine dicha naturaleza jurídica⁴⁵, (ii) en cuanto a su objeto institucional se rigen por las normas del derecho privado⁴⁶, (iii) son entidades estatales sujetas a las normas del derecho público aunque el legislador puede señalarles una regulación especial con remisión al derecho privado dada la naturaleza de las actividades que desarrollan, similares a las que ejecutan los particulares y al no comprender el ejercicio exclusivo de funciones administrativas, sin que ello signifique que su régimen sea estrictamente de derecho privado ni que se encuentren excluidas del derecho público ya que tienen un régimen especial que cobija ambas modalidades⁴⁷, (iv) se les ha señalado un objeto comercial específico cuyo desarrollo se sujeta al derecho privado atendiendo la similitud de las actividades que cumplen con las que desarrollan los particulares, por lo que se les otorga un tratamiento igualitario respecto a la regulación, imposición de límites y condicionamiento de sus actividades, y aplicación del respectivo régimen jurídico, en esta medida el precepto constitucional que consagra la libre competencia (art. 333) debe aplicarse en forma igualitaria tanto a las empresas particulares como a las que nacen de la actuación del Estado en el campo de la actividad privada⁴⁸, y (v) aunque se regulan por las normas y procedimientos de derecho privado y con un propósito lucrativo o rentable, se encuentran vinculadas a la administración pública⁴⁹.

Ahora bien. En relación con *la calidad de las personas que laboran* en las empresas industriales y comerciales del Estado, cabe recordar como ya se mencionó, que el artículo 123 de la constitución les asigna directamente la calidad de servidores públicos a *“los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas...por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”*. La Constitución también dispone que (i) al Presidente de la República corresponde nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales; en todo caso, el Gobierno tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes (art. 189-13), (ii) son atribuciones del Gobernador nombrar y remover libremente a los gerentes o directores de las empresas industriales o comerciales del departamento (art. 305-5) y, (iii) son atribuciones del alcalde nombrar y remover

⁴⁴ Sentencia C-629/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁴⁵ Sentencia C-992 de 2006.

⁴⁶ Sentencia C-314 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁷ Sentencia C-209 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁴⁸ Sentencia C-352 de 1998. Ms.Ps. Antonio Barrera Carbonell y Alfredo Beltrán Sierra.

⁴⁹ Sentencia C-579 de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara.

a los gerentes o directores de las empresas industriales y comerciales de carácter local (art. 315-3).

Disposiciones constitucionales que han permitido a la Corte sostener que quienes trabajan para las empresas industriales y comerciales del Estado hacen parte de la definición de servidores públicos (art. 123), sujetos al régimen especial de responsabilidades, inhabilidades e incompatibilidades (arts. 124, 126 y 127) y a las disposiciones que sobre la función pública y régimen disciplinario establezca el legislador (art. 125)⁵⁰.

Debe recordarse que esta Corporación en sentencia C-283 de 2002⁵¹, al realizar el control de constitucionalidad de algunas disposiciones de los decretos leyes 3135 de 1968, 1222 de 1986 y 1333 de 1986, que asignan como regla general el carácter de *trabajadores oficiales* a las personas que laboran en las empresas industriales y comerciales del Estado en el orden nacional, departamental y municipal, las declaró exequibles, para lo cual tuvo como fundamento las consideraciones expuestas en la sentencia C-484 de 1995⁵², que a su vez declaró exequible las expresiones *“sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”*, que forman parte del inciso 2 del artículo 5 del Decreto ley 3135 de 1968, que consagra, como excepción, la calidad de servidores públicos a quienes desempeñan actividades de dirección y confianza en las citadas empresas.

En la sentencia citada se indicó, que atendiendo la figura empresarial económica de la gestión que desarrollan las empresas industriales y comerciales del Estado, es menester vincular a los servidores públicos por contrato de trabajo y, por ende, en la condición de trabajadores oficiales:

“[a]hora bien, la doctrina nacional y la jurisprudencia de las altas corporaciones de justicia, siguiendo las conocidas pautas del derecho administrativo, ha dicho que los actos de gestión y de atención de servicios públicos por entidades descentralizadas por servicios, que asumen la forma de empresas industriales y comerciales deben ser atendidos por personal vinculado por otra modalidad que se corresponda con la figura empresarial y económica de la gestión, y por ello es preciso vincular a los servidores públicos por contrato de trabajo y establecer un régimen jurídico específico de garantías prestacionales mínimas, que puede ser objeto de negociación y arreglo entre la entidad y el personal. Este es el sentido preciso que se

⁵⁰ Sentencia C-209 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁵¹ M.P. Alfredo Beltrán Sierra. La Corte declaró la exequibilidad de las expresiones *“Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales”*, del inciso 2 del artículo 5° del Decreto ley 3135 de 1968; *“Quienes presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta departamentales son trabajadores oficiales”*, del inciso 2 de los artículos 233 y 304 del Decreto ley 1222 de 1986; y *“Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta municipales con participación estatal mayoritaria son trabajadores oficiales”*, del inciso 2 del artículo 292 del Decreto-ley 1333 de 1986.

⁵² M.P. Fabio Morón Díaz.

desprende de las restantes partes no acusadas del artículo 5 del decreto 3135 de 1968.

Esta situación es evidente a lo largo de todo el texto de la nueva Carta Política, no sólo desde el punto de vista de las razones funcionales sino desde el punto de vista orgánico y técnico;

En dicha reflexión se encuentra la idea, según la cual, no se hace necesario y por el contrario es extraño a toda lógica de eficiencia, racionalidad, celeridad y oportunidad, provocar toda la actuación del legislador para crear un cargo en una empresa industrial o comercial o para definir que tipo de actividad se debe desarrollar por cada servidor público o para precisar si una u otra actividad debe desempeñarse por personal vinculado por nombramiento a una situación legal y reglamentaria y en carrera administrativa o por contrato de trabajo y en últimas para definir y clasificar todos y cada uno de los cargos dentro de los cuadros de la función pública; precisamente, este es el caso del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, que nuevamente se demanda como contrario a la Constitución en el que el legislador extraordinario de la época empleó los dos criterios de diferenciación para encuadrar con precisión a los servidores públicos vinculados a las distintas entidades de la Administración, al establecer las dos reglas generales de clasificación de los mismos, empleando de una parte, un criterio orgánico relacionado con el tipo de entidad y con la naturaleza del servicio a prestar por ella y al dar la oportunidad racional y razonable de aplicar, por excepción y como criterio complementario, un elemento relacionado con la específica función que se debe cumplir por el servidor en cada caso...

...también es claro que ... bien pueden existir empleados públicos que estén sometidos a un régimen de libre nombramiento y remoción en los términos establecidos por la ley, obviamente sólo en los casos en los que exista suficiente fundamento constitucional, como en los cargos de dirección y de gran responsabilidad y en los que exista algún fundamento razonable que habilite al legislador para señalar que aquel destino público, previsto para que sea cumplido por un empleado público, se encuentra por fuera del régimen de la carrera administrativa”. (Subrayas al margen del texto original).

De igual forma, la mencionada sentencia C-283 de 2002, se soportó en la sentencia C-579 de 1996⁵³, que sostuvo que las personas que laboran para las empresas industriales y comerciales del Estado en principio tienen la calidad de trabajadores oficiales vinculados por una situación contractual de carácter laboral, siendo la excepción la posibilidad de tener la calidad de empleado público cuando se trata de tareas de dirección o confianza. Veamos lo señalado en dicha decisión:

⁵³ M.P. Hernando Herrera Vergara.

“en principio quienes prestan sus servicios a una empresa calificada como industrial y comercial del Estado tienen la calidad de trabajadores oficiales vinculados por una situación contractual de carácter laboral. Es la excepción la posibilidad de ostentar la calidad de empleado público, y para determinarla se ha adoptado el criterio de la actividad o función, pues sólo si se trata de tareas de dirección o confianza podrá darse ésta, regida por una relación legal y reglamentaria. Pero además, es necesario que en los estatutos de la respectiva empresa se indique qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por empleados públicos...No hay duda pues, de que al asumir el organismo oficial la forma de empresa industrial y comercial del Estado, los actos y funciones inherentes a la atención de los servicios públicos del mismo, deben ser realizados, por regla general, por trabajadores vinculados por contrato de trabajo, con las prerrogativas laborales elevadas a canon constitucional en la Carta Fundamental de 1991, que garantizan el derecho de negociación colectiva, con las excepciones que señale la ley”. (Subrayas al margen del texto original).

En posterior decisión, C-314 de 2004⁵⁴, la Corte señaló que el legislador dispone de un margen de configuración normativa para determinar la naturaleza de la vinculación jurídica de las personas que hacen parte de la administración que se encuentra circunscrito a la naturaleza y régimen jurídico de cada tipo de entidad. Así mismo, indicó que *“después de la promulgación de la Constitución del 91, el legislador colombiano no se encuentra atado a la tradicional clasificación bipartita de empleados públicos y trabajadores oficiales para proveer los cargos públicos adscritos a las entidades públicas, sino que puede establecer nuevas categorías que satisfagan con mayor flexibilidad las necesidades del servicio.De manera complementaria a la clasificación de los empleos, al legislador corresponde fijar los criterios que permitan determinar la naturaleza específica de cada tipo de empleo, para lo cual dispone de un amplio margen de configuración. Así por ejemplo, para la distinción entre empleados y trabajadores, en el régimen vigente ya no son suficientes los criterios orgánico y funcional adoptados por la reforma administrativa de 1968 (Dec. 3135/68, art. 5), en cuanto desarrollos legislativos posteriores a 1991 han venido consagrando regímenes laborales que no conservan aquellos postulados, como sucede, por ejemplo, con el dispuesto para los servidores públicos de los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales o las empresas sociales del Estado. (Sentencia C-880 de 2003)”*.

Finalmente, el artículo 91 de la Ley 489 de 1998, alude a que el gerente o presidente de las empresas industriales y comerciales del Estado es agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción. Sobre las expresiones *“de su libre nombramiento y remoción”*, la Corte se pronunció en la sentencia C-599 de 2000⁵⁵, que se declararon exequibles bajo los siguientes argumentos:

⁵⁴ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁵ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

“La designación de los gerentes o presidentes de las empresas industriales y comerciales del Estado del nivel nacional por el presidente de la República, encuentra su fundamento constitucional justamente en el numeral 13 del artículo 189 de la Carta...

...los cargos de gerente o presidente de las empresas industriales y comerciales del Estado del nivel nacional, por ser “empleos nacionales” cuya provisión no se hace por concurso (ya se vio que se ajusta a al Constitución el que sean señalados como de libre nombramiento y remoción), por regla general son de provisión presidencial. La propia Carta señala que al presidente corresponde, por regla general, hacer estas designaciones, salvo que ellas correspondan a otras corporaciones o funcionarios.

... De otro lado, los gerentes o presidentes de las empresas industriales y comerciales del Estado son agentes del presidente de la República, y por lo tanto, conforme con lo preceptuado por el segundo inciso del numeral 13 del artículo 189 de la Constitución, el nombramiento o remoción respectivo es de facultad del Gobierno, cuya cabeza es el presidente.

...

Para la Corte, además, existen otras razones de orden constitucional que determinan que está bien que así sea, y son las relacionadas con los objetivos que persigue la acción gubernamental mediante la creación de empresas comerciales e industriales del Estado. Ellas responden, en un Estado social de Derecho, a la necesidad de contar con los instrumentos adecuados para ejercer una intervención eficaz en la economía, mediante la asunción inmediata de actividades económicas. Pero esta actividad intervencionista llevada a cabo en forma directa por entidades estatales, debe responder a una política social y económica uniforme, adoptada de manera coordinada por el jefe del Ejecutivo, quien para esos efectos, debe contar con la libertad de señalar a sus agentes en los cargos directivos de las mencionadas entidades”.

Es decir, que dichos cargos de gerente o presidente de las empresas industriales y comerciales del Estado que son de libre nombramiento y remoción, encuentran justificación constitucional en el numeral 13 del artículo 189 constitucional y, además, en los objetivos de la acción estatal de crear las empresas industriales y comerciales del Estado que se traduce en la intervención en la economía para la realización de los fines esenciales del Estado social de derecho.

En conclusión, de conformidad con la Constitución las empresas industriales y comerciales del Estado (i) son entidades descentralizadas por servicios; (ii) forman parte de la rama ejecutiva; (iii) en el orden nacional sólo pueden ser creadas por ley o con autorización de ésta y en el territorial sólo pueden ser creadas por asambleas y concejos; (iv) deben tener fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa; (v) le corresponde al legislador

establecer su régimen jurídico y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes; (vi) sus empleados y trabajadores son servidores públicos; (vii) están sometidas a control fiscal y a la normatividad propia de contabilidad general de la Nación.

De conformidad con la ley, las empresas industriales y comerciales del Estado (i) son organismos que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley; (ii) deben tener personería jurídica y autonomía administrativa y financiera conforme a los actos que las rigen; (iii) deben tener capital independiente, constituido totalmente por fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución; (iv) en el acto de creación debe definirse su vinculación a un ministerio o un departamento administrativo; (v) en el cumplimiento de sus actividades se ceñirán a las ley o norma que las creó o autorizó y a sus estatutos internos; (vi) gozan de los privilegios y prerrogativas que la Constitución y las leyes confieren a la Nación y a las entidades territoriales según el caso, pero no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas; (vii) su dirección estará a cargo de una Junta Directiva y de un Gerente o Presidente agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción, y será el representante legal de la correspondiente entidad; (viii) los actos que expidan para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado; (ix) los contratos que celebren se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales, con excepción de aquellos que celebren las empresas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados.

De conformidad con la jurisprudencia de esta corporación, las empresas industriales y comerciales del Estado (i) son entidades de naturaleza jurídica pública, aunque por su objeto algunos de sus actos se rigen por el derecho privado; (ii) debe aplicarse el régimen especial de derecho público – administrativo en los supuestos en que se involucren garantías institucionales de derecho público o reservas de administración pública, que son aquellos en los que no es posible aplicar el derecho privado como la realización de actividades de política pública o de actividades ejecutivas de policía o de fomento; (iii) debe aplicarse el régimen de derecho privado para las actividades que tienen que desarrollarse bajo éste régimen, como aquellas de gestión económica o de producción de bienes que se desarrollan en competencia con particulares; (iv) en las zonas de incertidumbre el legislador y aún el Gobierno podrían determinar el régimen jurídico aplicable sin enervar las finalidades propias definidas por la Constitución ni evadir requerimientos ni controles constitucionales; (v) para su evaluación debe tenerse en cuenta las características identificadoras de cada una de las empresas, pues no es la misma tratándose de empresas económicas industriales y comerciales de propiedad del Estado que actúan en competencia o

en monopolio, o si se trata de entidades encargadas de la prestación de un servicio público, o de agencias y entidades titulares de funciones administrativas propiamente tales; (vi) sus empleados y trabajadores son *trabajadores oficiales* salvo en los cargos de dirección y confianza en los cuales se tiene la calidad de *empleado público* y son de libre nombramiento y remoción.

6. Asociación de las empresas industriales y comerciales del Estado. Empresas filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado. Análisis de los cargos propuestos.

1. Los accionantes demandan como inconstitucionales el inciso 1 y el numeral 4, del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, que disponen el sometimiento de las citadas empresas y sociedades al derecho privado, con fundamento en que por el hecho de la asociación y/o constitución de filiales de empresas industriales y comerciales del Estado no puede conllevar dada la naturaleza jurídica pública de dichas empresas que se regulen en un todo y más concretamente en cuanto al régimen jurídico de sus actos, contratos y calidad de los empleados por las disposiciones del derecho privado o Código de Comercio, dado lo preceptuado en los artículos 13, 123, 150-7, 209, 210, 300-7 y 313-6 de la Constitución.

Las intervenciones del Ministro de Hacienda y Crédito Público, Ministro de Comercio, Industria y Turismo, Departamento Administrativo de la Función Pública y de la ciudadana Adriana Rincón Villegas concuerdan en solicitar la declaración de exequibilidad del artículo parcialmente acusado⁵⁶. La Universidad del Rosario participa de la exequibilidad pero condicionada a que las asociaciones de empresas industriales y comerciales del Estado se les aplique el régimen privado salvo cuando haya lugar a aplicar el derecho público en los eventos que la ley lo disponga.

Por su parte, el Procurador General de la Nación solicita declarar la exequibilidad de los apartes acusados en los términos de la sentencia C-671 de 1999, es decir, bajo el entendido que, las empresas y sociedades creadas con participación de empresas industriales y comerciales del Estado se sujetan al régimen privado y en particular a las disposiciones del Código de Comercio y legislación complementaria, *“sin perjuicio de que en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias”*.

2. Previamente a resolver los cargos propuestos, cabe recordar que la Constitución no se refiere específicamente a la asociación de las empresas industriales y comerciales del Estado con otras entidades descentralizadas o con particulares, o a sus filiales. Sin embargo tienen fundamento constitucional y su origen se remonta a tiempos anteriores a la Carta de 1991, según disposiciones expedidas por el legislador que consagró la posibilidad de creación de

⁵⁶ La Academia colombiana de jurisprudencia intervino aunque extemporáneamente para solicitar la exequibilidad de la norma parcialmente demandada.

sociedades con participación de entidades descentralizadas con el fin de desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial, y las denominó entidades descentralizadas indirectas según referencia de los decretos 130 de 1976 y 1050 y 3130 de 1968, estos últimos derogados por la Ley 489 de 1998.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el Decreto 130 de 1976, artículo 4º, las sociedades que se creen por la participación exclusiva de entidades públicas con el fin de desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial, se someten a las normas previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado⁵⁷. Que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1050 de 1968, artículo 68, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado no podrán constituir sociedades o compañías, entre sí o con otras personas, salvo los casos expresamente previstos en las leyes (*o autorizados por decreto del Gobierno*)⁵⁸. Y que, de conformidad con el Decreto 3130 de 1968, artículo 4º, sobre las entidades descentralizadas indirectas, 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 del 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.

Expedida la Constitución de 1991, el legislador consideró necesario la creación del nuevo régimen respecto de las entidades descentralizadas, armonizando las nuevas realidades con el marco institucional actualmente existente, y conservando aspectos positivos de los Decretos leyes 1050 y 3130 de 1968, y regular temas fundamentales referentes, entre otros aspectos, a las empresas industriales y comerciales del Estado, buscando establecer mecanismos que permitan al Estado actuar de manera eficiente en el ámbito económico, con criterios gerenciales, en un contexto competitivo sin menoscabar las garantías de protección debidas a los agentes privados; y, definiendo el régimen aplicable a las funciones de las juntas directivas y la regulación de las filiales⁵⁹. En efecto, se culminó con la derogatoria de las disposiciones anteriormente citadas y con la expedición de la Ley 489 de 1998.

En la Ponencia para segundo debate al proyecto de ley 51 Cámara, 170 Senado, en el Senado de la República, se consignó que se pretende actualizar los *viejos y desuetos* conjuntos normativos contenidos en los Decretos 1050 y 3130 de 1968, y además, desarrollar el nuevo esquema de organización administrativa que

⁵⁷ Artículo declarado exequible mediante Sentencia 127 de 10 de octubre de 1991, Corte Suprema de Justicia.

⁵⁸ Aparte entre paréntesis declarado inexecutable mediante sentencia de 3 de febrero de 1983, Corte Suprema de Justicia.

⁵⁹ Ver Gaceta del Congreso 491 de 25 de noviembre de 1997, Cámara de Representantes, Ponencias, pag. 2

requiere un desarrollo moderno, al cual corresponderá asumir los retos del nuevo milenio que ya se aproxima a la vuelta de escasos 400 días⁶⁰.

Finalmente, la Ley 489 de 1998, a partir de las categorías institucionales previstas en la Constitución, como las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, y siguiendo los antecedentes normativos ya citados, el legislador claramente estableció, en el artículo 94, la posibilidad de creación de empresas o sociedades con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales, así como crear filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado cuando éstas participen con un porcentaje superior al 51% del capital total, bien en concurrencia con otras entidades descentralizadas o con particulares.

Es decir, pueden crearse empresas o sociedades conformadas por entidades descentralizadas y capital exclusivamente público; o, con participación de capital privado en dos supuestos: (i) cuando se crean empresas o sociedades conformadas por entidades descentralizadas pero una de ellas es una empresa de economía mixta y (ii) cuando se crean filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado con participación de particulares.

3. Régimen legal de las citadas sociedades creadas con participación de entidades descentralizadas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado, que con fundamento en lo previsto en el artículo 210 de la Constitución, tiene en cuenta en primer lugar, el carácter de entidades emanadas de la voluntad del Estado y además su condición societaria; es decir, requieren una previsión legal de creación o de autorización y un acuerdo de voluntades que le de efecto. En este orden de ideas la existencia y puesta en marcha de los entes societarios surgidos de la voluntad del Estado y a los que alude el artículo 94 de la Ley 489 de 1998, ya sea que participen entidades públicas o que éstas concurren conjuntamente con particulares se basa en actos complementarios sin cuya existencia no puede predicarse la plena existencia y capacidad de las mismas. Entonces no basta la previsión legal pero sin ella no puede darse curso al contrato o convenio societario.

Así claramente lo precisa el legislador en el artículo 94 de la Ley 489 de 1998, cuando dispone que las empresas industriales y comerciales del Estado y las entidades territoriales que concurren a la creación de una empresa filial *actuarán previa autorización de la ley, la ordenanza departamental o el acuerdo del respectivo Concejo Distrital o Municipal*, la cual podrá constar en norma especial o en el correspondiente acto de creación y organización de la entidad o entidades participantes. Y, con mayor razón, actuarán previa autorización de la ley las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales, las que se rigen por las disposiciones establecidas en los *actos de creación*, y las disposiciones del Código de Comercio. Todas las cuales, en razón de su condición de entes

⁶⁰ Ver Gaceta del Congreso 294 de 24 de noviembre de 1998, Senado de la República, Ponencias, pag. 2.

societarios requerirán del acto complementario a fin de que se organicen como sociedades comerciales de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio.

Por su parte, el párrafo del artículo 49 de la citada ley, dispone que las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la misma Ley 489 de 1998, 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.

4. Al respecto del régimen Jurídico que regirá las empresas, sociedades y filiales a que se refiere el artículo 94 de la Ley 489 de 1998, con fundamento en lo previsto en el artículo 210 de la Constitución, corresponde a la potestad de configuración del legislador. En esta medida dispuso, (i) en el artículo 38, párrafo, de la misma ley, que las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado; (ii) en el art. 94, inc. 1º, de la mencionada ley, que las empresas y sociedades que se creen con participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales se rigen por las disposiciones establecidas en los actos de creación, y las disposiciones del Código de Comercio; (iii) que las filiales en las que participen más de una empresa industrial y comercial del Estado, entidad territorial u otra entidad descentralizada se regirán en cuanto a sus actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros por las disposiciones del derecho privado, en especial las propias de las empresas y sociedades previstas en el Código de Comercio y legislación complementaria; y, (iv) que las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado con participación de particulares se regirán por las disposiciones previstas para las sociedades de economía mixta.

Régimen jurídico de sociedades y filiales dispuesto en el artículo 94 de la Ley 489 de 1998, en cuanto se someten a las reglas del derecho privado, que no se oponen las disposiciones constitucionales, pues obedece la potestad que para su configuración entregó la propia Constitución al legislador (art. 210). Sociedades y filiales que para la eficacia de la gestión económica dispuesta en el acto de creación, es decir para desarrollar actividades de naturaleza industrial y comercial, deben estar sometidas a un régimen que les permita la competencia con particulares, sin que por tal circunstancia pierdan su condición de entidades públicas.

Cabe recordar, que en relación con las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales, no se ha dispuesto su sometimiento exclusivo a las disposiciones del Código de Comercio, sino que también estableció el legislador que se rigen

por las disposiciones establecidas en los actos de creación, con lo cual, éstas tienen señaladas con antelación por el propio legislador, unas reglas precisas, determinadas, que permiten desde el comienzo, saber cuáles son las condiciones en que participarán el o los ente estatales, y además, se asegura, de antemano que la nueva entidad tendrá a su disposición instrumentos indispensables para que permitan que en el desarrollo de su objeto social la gestión que realice se articule, en un plano de coordinación, con los programas y las políticas del sector administrativo correspondiente.

Y, en relación con las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado en las que participen más de una empresa industrial y comercial del Estado, entidad territorial u otra entidad descentralizada, si bien se dispuso por el legislador que su funcionamiento y en general el régimen jurídico de los actos, contratos, servidores y las relaciones con terceros se sujetarán a las disposiciones del derecho privado, en especial las propias de las sociedades previstas en el Código de Comercio y la legislación complementaria, tal previsión armoniza con la contenida en el acto de su autorización, ley, la ordenanza departamental o el acuerdo del respectivo Concejo Distrital o Municipal, en el cual se habrán dispuesto las condiciones en que participa la entidad pública.

Así ya lo había considerado esta corporación al examinar la constitucionalidad de las expresiones “o el correspondiente acto de creación y organización de la entidad o entidades participantes”, del numeral 3, del artículo 94⁶¹ de la Ley 489 de 1998. En efecto, en la sentencia C-953 de 1999⁶², se consideró que para la creación de filiales existe el señalamiento previo por el legislador de unas reglas precisas en que habrá de participar el ente estatal:

“Es decir, que son dos las vías que pueden ser utilizadas para la "creación de filiales": la primera, por autorización directa de la ley, la ordenanza departamental o el acuerdo expedido por el concejo distrital o municipal para el efecto; y, la segunda, cuando existe una norma "en el correspondiente acto de creación y organización de la entidad o entidades participantes", que, aún cuando en apariencia sería indeterminada y general, queda sin embargo sometida a que en el capital de la nueva entidad se participe por la empresa industrial y comercial del Estado "con un porcentaje superior al cincuenta y uno por ciento (51%) del capital total", como lo exige el numeral primero del artículo 94 de la misma ley, y, teniendo en cuenta que cuando se trate de

⁶¹Artículo 94. Asociación de las empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre estas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales se rigen por las disposiciones establecidas en los actos de creación, y las disposiciones del código de comercio. Salvo las reglas siguientes:

"... .

"3. Creación de Filiales

"Las empresas industriales y comerciales del Estado y entidades territoriales que concurren a la creación de una empresa filial actuarán previa autorización de la ley, la ordenanza departamental o el acuerdo del respectivo Consejo Distrital o Municipal, la cual podrá constar en forma especial o el correspondiente acto de creación y organización de la entidad o entidades participantes.

⁶² M.P. Alfredo Beltrán Sierra. S.P.V. Eduardo Cifuentes Muñoz y Alvaro Tafur Galvis.

filiales en las cuales participen particulares, quedan sometidos al régimen previsto por la ley para las sociedades de economía mixta, por expresa disposición del numeral quinto del citado artículo 94 de la Ley 489 de 1998.

A ello ha de agregarse que el numeral sexto del artículo 94 en mención, en cuanto hace al control administrativo sobre las empresas filiales, dispone que "en el acto de constitución" será necesario establecer "los instrumentos mediante los cuales la empresa industrial y comercial del Estado que ostente la participación mayoritaria asegure la conformidad de la gestión con los planes y programas y las políticas del sector administrativo dentro del cual actúen".

De esta suerte, lo que en apariencia sería una autorización general, con desconocimiento de la participación del Congreso de la República, las Asambleas Departamentales o los Concejos Municipales o Distritales respecto de la creación de filiales de empresas industriales y comerciales del Estado de los distintos niveles administrativos, -que es a lo que se concreta el cargo de inconstitucionalidad-, no lo es en realidad. En efecto, leído en su integridad el artículo 94 de la Ley 489 de 1998, si se acude a ese mecanismo para el establecimiento de empresas filiales, las entidades estatales que, como empresas industriales y comerciales de esa categoría participen en la creación de aquellas tienen señaladas con antelación por el propio legislador, unas reglas precisas, determinadas, que permiten desde el comienzo, saber cuáles son las condiciones en que habrá de participar el ente estatal, pues la ley prevé el porcentaje de capital mínimo que ha de aportarse, el régimen jurídico al cual habrá de someterse la filial y, además, se asegura, de antemano que la nueva entidad tendrá a su disposición instrumentos indispensables para que permitan que en el desarrollo de su objeto social la gestión que realice se articule, en un plano de coordinación, con los programas y las políticas del sector administrativo correspondiente, razones estas por las cuales se declarará la exequibilidad del aparte final del numeral 3º del artículo 94 de la Ley 489 de 1998". (Subrayas al margen del texto original).

5. El sometimiento de las sociedades y filiales a las que se refiere el artículo 94 de la Ley 489 de 1998, a los actos de creación y a las reglas del derecho privado y especialmente a las del Código de Comercio, no obsta para que de todas maneras queden sometidas a las disposiciones constitucionales que establecen el control fiscal respectivo (art. 267) y a las normas de la Contaduría General de la Nación (art. 354); a las normas constitucionales que consagran inhabilidades e incompatibilidades (art. 180-3, art. 292, art. 323); al control político que corresponde a las cámaras (art. 208); a la delegación de funciones que el Presidente de la República podrá hacer en los representantes legales de entidades descentralizadas (art. 211); a atender los informes que soliciten las asambleas departamentales por medio de ordenanzas, sobre el ejercicio de sus funciones a los directores de institutos descentralizados del orden departamental (art. 300-11), entre otros.

6. Además, el control administrativo de las actividades y programas de las sociedades y filiales a las que se refiere el artículo 94 de la Ley 489 de 1998, se ejercerá de conformidad con lo previsto en la citada ley, y mediante la intervención de los representantes legales de los organismos y entidades participantes o sus delegados, en los órganos internos de deliberación y dirección de la entidad (ley 489 de 1998, art. 109). En relación con las filiales además, en el acto de constitución, cualquiera que sea la forma que revista, deberán establecerse los instrumentos mediante los cuales las empresa industrial y comercial del Estado que ostenta la participación mayoritaria asegure la conformidad de la gestión con los planes y programas y las políticas del sector administrativo dentro del cual actúen (Ley 489 de 1998, art. 94, num. 6).

7. Igualmente, y aunque respecto de las mencionadas sociedades y filiales no cabe el ejercicio de *función administrativa*, pues cumplen actividades industriales y comerciales conforme al derecho privado, no es pertinente aludir a la violación de aquellos principios propios de la función administrativa por el solo hecho de que el legislador disponga que se rigen por las reglas del derecho privado. Sin embargo, ello no implica que sus actos no deban guardar los principios a que alude el artículo 209 de la Constitución, pues de todas maneras en ellas se encuentran presentes recursos públicos, bien de manera exclusiva o bien en participación con particulares, así como también deberán atender al interés general inherente a la vinculación de recursos públicos en la conformación del respectivo capital social, sin desconocer la plena vigencia de la libertad económica, la libre competencia y, en general, de los intereses privados propios de la actividad empresarial de los particulares.

8. En cuanto al régimen de contratación de las empresas y sociedades creadas con participación de las empresas industriales y comerciales del Estado, y de las empresas filiales de éstas, en los términos del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, debe atenderse lo previsto en el artículo 2, numeral 1, literal a), de la Ley 80 de 1993, que cataloga a las empresas industriales y comerciales, a las entidades descentralizadas indirectas y demás personas jurídicas en las que exista participación pública mayoritaria, como entidades del Estado para efectos de la contratación administrativa⁶³, por lo que deberán someterse a las reglas previstas en ésta ley. Además, a lo previsto en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, que sobre el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado, establece que las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50), sus filiales y las sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados,

⁶³ Sentencia C-992 de 2006.

caso en el cual se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales.

9. En relación con el *carácter de las personas que en ellas laboran*, debe recordarse que la Constitución permite al legislador establecer el régimen de personal de las entidades descentralizadas por servicios (arts. 210 y 150-23). De suerte que el legislador dispone de un margen de configuración para determinar la forma de vinculación jurídica de quienes pertenezcan a la estructura de la administración, que atenderá a la naturaleza y régimen de cada entidad⁶⁴ conforme a los parámetros constitucionales. Mandato constitucional que debe interpretarse en conjunción con el artículo 123 de la Carta, que otorga el carácter de *servidores públicos* a los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de *entidades descentralizadas por servicios*.

De tal manera, que cuando el inciso primero del artículo 94 de la Ley 489 de 1998 dispone que las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales, se someten a lo dispuesto en los actos de creación, es allí donde corresponde, de conformidad con los lineamientos señalados por el legislador, señalar el régimen de los servidores de éstas empresas y sociedades. Además, así como en materia de contratación, el régimen de los servidores de estas sociedades puede encontrarse consagrado en otras disposiciones de orden legal sobre las cuales no corresponde en esta ocasión ningún pronunciamiento.

Y, respecto de las filiales, el que se señale, que será el de derecho privado, no contraría la Constitución, pues además de que el legislador tiene potestad de configuración para establecerlo, el régimen de derecho privado previsto en la norma acusada es acorde con las sociedades que se rigen por el derecho privado y que no pueden registrarse exclusivamente por el derecho público en cuanto a su finalidad exclusiva industrial o comercial y especialmente si en ella concurren recursos particulares. En efecto, ello obedece a la necesidad de dotarlas de la versatilidad y capacidad de acción inmediata que les permita competir en igualdad de condiciones con particulares.

10. Por todo lo expuesto, debe concluirse que las normas acusadas se ajustan a la Constitución. Sin embargo, como pueden ser interpretadas en el sentido de que el régimen de derecho privado a que están sometidas las sociedades y filiales a que se refiere el art. 94 de la Ley 489 de 1998, no atiende lo previsto en la Constitución de manera especial para las entidades descentralizadas, u otras normas de orden legal que rigen aspectos puntuales y específicos de estas, es preciso condicionar su exequibilidad, por los cargos examinados en esta sentencia, en el entendido que se rigen por éstas disposiciones, sin perjuicio de aspectos regulados con carácter especial por otras disposiciones constitucionales y legales.

⁶⁴ Sentencia C-314 de 2004.

Condicionamiento que atiende la inquietud del Procurador General de la Nación, que al rendir el concepto respectivo consideró que las normas se ajustan a la Constitución, “*sin perjuicio de que en todo caso, el ejercicio de las prerrogativas y potestades públicas, los regímenes de actos unilaterales, de la contratación, los controles y la responsabilidad serán los propios de las entidades estatales según lo dispuesto en las leyes especiales sobre dichas materias*”.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos examinados en la presente sentencia, el inciso 1º y el numeral 4º del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, en el entendido que se rigen por éstas disposiciones, sin perjuicio de aspectos regulados con carácter especial por otras disposiciones constitucionales y legales.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

RODRIGO ESCOBAR GIL
Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado
CON SALVAMENTO DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

CATALINA BOTERO MARINO
Magistrada (E)

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-691/07 DEL
MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA**

**ASOCIACION DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES
DEL ESTADO-Régimen jurídico (Salvamento de voto)**

Referencia: expediente D-6687

Demanda de inconstitucionalidad contra el
artículo 94, parcial, de la Ley 489 de 1998

Magistrado Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS
HERNÁNDEZ

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corte, me permito salvar mi voto a la decisión adoptada en la presente sentencia, ya que considero que las asociaciones reguladas por el artículo 94 de la Ley 489 de 1998, no obstante ser de segundo grado, deben conservar el mismo régimen de las entidades que las conforman, pues siguen siendo parte de la estructura de la administración pública, pertenecen a un sector de la misma y deben actuar en consonancia con las políticas y planes fijados para éste.

En mi concepto, al margen del porcentaje de capital estatal, dichas sociedades seguirán siendo públicas y formarán parte de la estructura de la administración pública, por lo cual el legislador no puede excluirlas de la dirección, control y vigilancia del Estado.

Con fundamento en la anterior razón salvo mi voto a la presente decisión.

Fecha *ut supra*.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado