

La descentralización por servicios en Colombia

Aleksey Herrera Robles*

Resumen

La ley 489 de 1998 no introdujo modificaciones sustanciales al régimen de las entidades descentralizadas en Colombia, reguladas por los decretos 1050 y 3130 de 1968. Se limitó a actualizar su clasificación y a introducir las nuevas formas de organización creadas por la ley después de la Constitución de 1991.

Sólo en el caso de las sociedades de economía mixta se aclara su régimen legal y naturaleza jurídica a partir de su conformación accionaria.

Palabras claves: Sociedad.

Abstract

Law 489 of 1998 did not introduced substantial amendments to the legal system of the decentralized entities in Colombia, which are regulated by the decree-laws 1050 and 3130 of 1968, restraining to an actualization of their classification, introducing the new forms of organization created by the law after the expedition of the 1991 Constitution.

Only in the case of the mix economy societies a clarification of their nature and legal system is given from its shares conformation.

Key word: Society.

Fecha de recepción: 16 de junio de 1998

1. PRESENTACIÓN

En Colombia, el poder central administrativo está integrado por la Presidencia de la República, la Vicepresidencia, los Consejos Superiores de la administración, los ministerios y departamentos administrativos, las superintendencias y las unidades ad-

ministrativas especiales sin personería jurídica.

Dentro de un Estado unitario como el nuestro, y como mecanismo para atenuar el centralismo, se han establecido figuras como la delegación, la desconcentración, la avocación y la descentralización¹.

* Abogado. Coordinador de Investigaciones jurídicas y socio-jurídicas de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte. Profesor de Hacienda Pública, Administrativo general y Seminario de Investigación Dirigida. (E-mail: aherrera@guayaacan.uninorte.edu.co).

¹ C.N., artículo 209: «La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones...»

La descentralización consiste en «delegar poderes de decisión en órganos distintos de los simples agentes del poder central, no sometidos al deber de obediencia jerárquica y que frecuentemente son elegidos por los ciudadanos interesados»².

En Colombia se distinguen tres formas de descentralización: la territorial, por servicios, denominada también como técnica o especializada, y por colaboración.

Este artículo analiza los alcances de la descentralización por servicios, su evolución normativa y la estructura actual a partir de la expedición de la ley 489 de 1998.

2. LA DESCENTRALIZACIÓN POR SERVICIOS

2.1. Noción

Podemos definir la «descentralización por servicios» como la radicación de competencias públicas de carácter técnicas o especializadas que se le otorga a una persona jurídica creada especialmente para tal fin, con objeto de que la cumpla con autonomía pero sometida a un control tutelar.

2.2. Características generales

Las entidades descentralizadas por

servicio cumplen con las características generales de las entidades descentralizadas:

- a. *Personería Jurídica*: Es decir, son entes ficticios capaces de ser sujetos de derecho y obligaciones y que actúan, para fines judiciales y extrajudiciales, mediante representantes, como lo define el artículo 633 del Código Civil.
- b. *Autonomía administrativa*, es decir, pueden darse su propia organización.
- c. *Autonomía financiera y presupuestal*: Por cuanto cuentan con ingresos propios, ordinariamente producto de los servicios a su cargo, trátase de precios o tasas, y de las transferencias recibidas del sector central para financiar los subsidios en el cobro de los servicios que prestan. Además, cuentan con su propio patrimonio, bienes materiales y su propia contabilidad.³
- d. *Autoridades propias*: Integradas por un gerente o director y una junta o consejo directivo. De igual manera, y en el caso de las sociedades de economía mixta o entre entidades públicas, pueden contar con una asamblea general.

² VEDEL, George. *Derecho Administrativo*. España, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1976, p. 538.

³ No obstante lo anterior, en el caso específico de los establecimientos públicos, el presupuesto de estas entidades forma parte del primer nivel de cobertura del Estatuto Orgánico del Presupuesto, es decir, forma parte del Presupuesto General de la Nación.

- e. Atención de servicios técnicos o especializados que no puedan ser atendidos por la autoridad central.
- f. *Sometimiento a control de tutela*, consistente en «*aquel que ejercen los agentes del Estado sobre los actos de los órganos descentralizados con el fin de que éstos respeten la legalidad, de evitar posibles abusos y de preservar el interés nacional frente a los intereses locales y técnicos*». A diferencia de los establecido en el artículo 12 del decreto 3130 de 1968⁴, en el artículo 105 de la ley 489 de 1998 se dispuso que «*El control administrativo sobre las entidades descentralizadas no comprenderá la autorización o aprobación de los actos específicos que conforme a la ley compete expedir a los órganos internos de esos organismos y entidades...*», excepto en materia presupuestal y en los casos en los que se confiera funciones administrativas a los particulares, en los términos del artículo 111 de la citada ley.

2.3. Antecedentes

Aunque en el país existían entidades descentralizadas antes de 1968, sólo

⁴ D.L.3130 de 1968, artículo 12: «*En los estatutos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado se determinarán los actos que por su importancia y cuantía requieren para su validez el voto favorable e indelegable del ministro o jefe de departamento administrativo del ramo o la aprobación del gobierno nacional*».

a partir de la reforma de Lleras Restrepo éstas fueron organizadas y clasificadas en establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

Para tales efectos, en virtud de las facultades precisas otorgadas por la ley 65 de 1967, el gobierno expidió el decreto 1050 de 1968, «*por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional*». Posteriormente se expidió el decreto 3130 del mismo año, «*por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional*».

Esta legislación trajo como consecuencia la proliferación de establecimientos públicos, situación que Libardo Rodríguez critica no sólo por la excesiva burocratización, sino por cuanto se generó una duplicidad funcional y se afectó, como resultado de la autonomía de estas entidades, la unidad y coordinación que requiere la política de Estado, sin contar con el despilfarro de los recursos públicos.⁵

En igual sentido, López Garavito formula la siguiente crítica:

[...] No quiero extenderme en este tema⁶, sin embargo central, del pro-

⁵ RODRÍGUEZ R., Libardo. *Derecho Administrativo, General y Colombiano*. 10 edición. Santaafé de Bogotá, Temis, 1998, p. 91.

⁶ El autor se refiere a la reforma administrativa de 1968.

ceso interventor de la administración Lleras. No sólo porque entiendo que, aun para nuestras juventudes, es un tema bien conocido, sino porque, por mis convicciones, creo que fue un error de la administración descentralizar tanto a los ministerios y departamentos administrativos, para crear un gran número de establecimientos públicos nacionales autónomos administrativa y presupuestalmente.

La reforma amplió en más de 100 los entes públicos del orden nacional. El grado de especialización fue tal que difícilmente quedó un sector o una temática de la vida económica y social del país sin la correspondiente representación en un cuerpo burocrático autónomo. Las que antes eran jefaturas de división en muchos ministerios, con la reforma administrativa quedaron convertidas en entidades públicas autónomas. Eso sin duda disparó la participación global del Estado en el producto nacional, y conduciría a la postre a una ruleta permanente de reformas tributarias y empréstitos para financiar los nuevos y mayores gastos públicos. Los desfases para el tesoro nacional, que en el siglo XIX se producían por efecto de las guerras civiles, en el siglo XX se generaban por la creación de nuevos servicios a cargo del Estado. Buena parte de las reformas relevantes que el Gobierno ha adelantado en los años 1985 a 1986 y 1990 a 1994, se encauzaron a eliminar o fusionar dependencias creadas en la reforma administrativa y consti-

tucional de 1968...⁷

Estos decretos tuvieron, en todo caso, una vigencia de casi dos décadas, período en el cual sólo se expedieron dos decretos sobre la materia: el 128 de enero 26 de 1976, «Estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de éstas», y el decreto-ley 130 del mismo año, «Por el cual se dictan normas sobre sociedades de Economía Mixta».

A nivel de las entidades territoriales, en materia departamental se incluyó un capítulo sobre entidades descentralizadas en la ley 03 de 1986, «Estatuto Básico de la Administración departamental», el cual fue incorporado en los artículos 252 al 315, capítulo X, del decreto 1222 del mismo año, Código de Régimen Departamental.

A nivel municipal, la ley 11 de 1986 estableció un marco normativo para las entidades descentralizadas de este orden, las cuales fueron incorporadas en el Decreto Ley 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal.

Posteriormente, con la expedición de la Constitución de 1991 se crearon algunos organismos especia-

⁷ LÓPEZ GARAVITO, Luis Fernando. *Pensamiento económico y fiscal colombiano*. Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 376.

les, como las Corporaciones Autónomas Regionales y otros como la Comisión Nacional de Televisión, la Corporación del Río Grande de la Magdalena y la Banca Central.

El desarrollo posterior a la Constitución de 1991 tuvo dos alcances:

a. Por una parte, se hicieron intentos por eliminar y/o fusionar entidades descentralizadas, competencia que ejerció el gobierno en virtud de las facultades otorgadas en el artículo 20 transitorio de la Carta, que establecía:

El Gobierno Nacional, durante el término de dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución y teniendo en cuenta la evaluación y recomendaciones de una Comisión conformada por tres expertos en Administración Pública o derecho Administrativo designados por el Consejo de Estado; tres miembros designados por el Gobierno Nacional y uno en representación de la Federación Colombiana de Municipios, suprimirá, fusionará o reestructurará las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

En virtud de esta competencia, el gobierno expidió cerca de 60 decretos. Respecto a éstos, en los comentarios de la revista LEGISLACIÓN ECONÓMICA se indica:

La reforma administrativa de 1992 es el cambio institucional más grande que se ha dado en el país desde 1968; fueron reestructurados la mayoría de los ministerios y sus entidades adscritas o vinculadas. Las principales de éstas últimas fueron convertidas en empresas industriales y comerciales del Estado, tal es el caso de Telecom, el Instituto de los Seguros Sociales, el Instituto de Mercadeo Agropecuario (Idema), Minerales de Colombia S.A. (Mineralco), Interconexiones Eléctricas S.A. (ISA), Instituto Colombiano de Energía Eléctrica S.A. (ICEL), Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica (CORELCA), Administración postal Nacional (Adpostal), Coproración Nacional de Turismo (CNT), Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo (Fonade), etc.

El Consejo de Estado revisó la Constitucionalidad de los decretos anteriores⁸ y los declaró conforme a derecho.

⁸ Recordemos que la Corte Constitucional ejerce una competencia taxativa de Constitucionalidad y el Consejo de Estado, una competencia residual, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 237, numeral 2 de la Carta, que establece: «Son atribuciones del Consejo de Estado: (...) 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional».

Posteriormente, el Congreso de la República, mediante la ley 344 de 1996⁹, facultó al gobierno nuevamente por el término de seis(6) meses para «suprimir o fusionar, consultando la opinión de la Comisión de Racionalización del Gasto Público, dependencias, órganos y entidades de la rama ejecutiva del orden nacional que desarrollen las mismas funciones o que traten las mismas materias o que cumplan ineficientemente sus funciones, con el propósito de racionalizar y reducir el gasto público...»

Los resultados, sin embargo, no han sido significativos. A nivel nacional, por ejemplo, existen 134 establecimientos públicos, de los cuales 68 corresponden a entidades con funciones de política nacional, 16 de desarrollo económico y 50 de carácter social. Estos establecimientos públicos nacionales generaban 65.400 empleos en 1985, y pasaron a 72.973 en 1990. En 1993 se redujeron a 52.440, y en 1995 reputaron nuevamente con 71.523.

b. Por otro lado, se crearon nuevas formas de entidades descentralizadas, tales como las Corporaciones Regionales, reglamentadas en virtud de la ley 99 de 1993, y las empresas

de servicio público, en los términos de la ley 142 de 1994.

Finalmente, mediante la ley 489 de diciembre 29 de 1998 se dictaron normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional.

3. ESTRUCTURA ACTUAL DEL SECTOR DESCENTRALIZADO POR SERVICIOS

En el artículo 38 de la ley 489 de 1998, numeral 2, se estableció:

La rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades. 2. Del sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, y
- g) 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.

Además de las anteriores, en el

⁹«Por medio del cual se adoptan medidas tendientes a racionalizar y disminuir el gasto público, garantizar su financiamiento y reasignar recursos hacia sectores deficitarios de la actividad estatal, como condición fundamental para mantener el equilibrio financiero y garantizar el cumplimiento de los principios de economía, eficacia y celeridad en el uso de los recursos públicos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 209 de la Constitución Política».

artículo 40 de la misma ley se establecieron las entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial, como son el Banco de la República, los entes universitarios autónomos, la Comisión Nacional de Televisión.

A continuación analizaremos únicamente el sector descentralizado por servicios.

3.1. Los establecimientos públicos

Son «*organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del derecho público, que reúnen las siguientes características:*

- a) *Personería jurídica;*
- b) *Autonomía administrativa y financiera, y*
- c) *patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, del producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, en los casos autorizados por la Constitución y en las disposiciones legales pertinentes.»*

Entre las diferencias que podemos encontrar entre un establecimiento público y una empresa industrial y comercial del Estado se encuentra, además de su régimen legal, su objeto. Mientras esta última cumple funciones de naturaleza industrial y comercial, la primera desarrolla funciones administrativas, entendiendo por tales, aquéllas encaminadas a prestar servicios públicos, cumplir con cometidos estatales

o garantizar los derechos y libertades reconocidos por la ley.

Los establecimientos públicos son creados por la ley, a nivel nacional, o por ordenanzas o acuerdos a nivel de las entidades territoriales. Cuentan con una junta directiva integrada en la forma prevista en el acto de creación y un gerente o director, de libre nombramiento y remoción por parte del presidente de la República.

En cuanto a su régimen jurídico, debemos señalar:

a. *Sus actos*

Son de naturaleza administrativa y, en consecuencia, se les aplica las normas del decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, en todos los aspectos que, por la naturaleza de la actividad, no estén sometidos a normas de carácter especial, como lo dispone el artículo 10:

Las normas de esta parte primera del Código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, ...

b. *Sus contratos*

Están sometidos a la ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación Estatal. En este sentido, en el artículo 10. se establece que «*La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios*

que rigen los contratos de las entidades estatales», y dentro de éstas, en el artículo 2º, numeral 1º, literal a), se incluyen los establecimientos públicos.

c. Presupuesto

Forman parte del primer nivel de cobertura del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, actualmente contenido en el decreto compilador 111 de 1996. En el artículo 3º de la citada norma se establece:

Cobertura del Estatuto. Consta de dos(2) niveles: un primer nivel corresponde al presupuesto general de la Nación, compuesto por los presupuestos de los establecimientos públicos del orden nacional y el presupuesto nacional...

d. Régimen de personal

Son empleados públicos, excepto los que desempeñan funciones de sostenimiento o mantenimiento de obras públicas, conforme a los estatutos, los cuales serán trabajadores oficiales¹⁰.

En este sentido, el artículo 5º del decreto 3135 de 1968, en su inciso 1º dispone:

¹⁰Recordemos que mientras los empleados públicos tienen con el Estado una relación legal y reglamentaria, los trabajadores tienen una relación de carácter contractual.

Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo...

e. Régimen de control fiscal

Están sometidos a la ley 42 de enero 26 de 1993, como lo establece el artículo 2º, de tal forma que respecto a éstos se pueden ejercer los controles financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno.

3.2. Unidades administrativas especiales y superintendencias con personería jurídica

Las unidades administrativas especiales y las superintendencias forman parte de la administración central cuando no tienen personería jurídica; cuando en el acto de creación se les otorga, adquieren el carácter de entidades descentralizadas.

En el artículo 82 de la ley 489 se establece que éstas cuentan con «autonomía administrativa y patrimonial, las cuales se sujetan al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y en lo no previsto por ella, al de los estableci-

mientos públicos.

Las superintendencias son organismos que se encargan de cumplir, por delegación presidencial, las funciones de control y vigilancia que les confiere la Constitución. En este sentido, en el artículo 189 de la Carta se establecen algunas como: «Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos»(22); «Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles» (24).

En Colombia tienen personería jurídica, a título de ejemplo, la Superintendencia de Notariado y Registro, de conformidad con el decreto 2158 de 1992 la cual se encuentra adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, y la Superintendencia de Servicios Públicos, de conformidad con el artículo 76 de la ley 142 de 1994, la cual fue creada como un «organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial...»¹¹

Las unidades administrativas es-

¹¹Las demás superintendencias son las siguientes: bancaria, de valores, de vigilancia y seguridad privada, del subsidio familiar, nacional de salud, de industria y comercio, de sociedades y general de puertos.

peciales son entidades creadas para la atención de ciertos programas que son propios de un ministerio o departamento administrativo pero que por su naturaleza no pueden estar sometidos al régimen ordinario. La ley, en este sentido, confunde en algunos casos estas unidades con las superintendencias, como sucede con la de Notariado y Registro, respecto a la cual, el decreto 2158 de 1992 la define como unidad administrativa especial. Tiene el mismo carácter la Dirección Nacional de Estupefacientes, unidad administrativa especial con personería jurídica, regulada por el decreto 2159 de 1992.

3.3. Empresas sociales del Estado

Se encuentran reguladas en el artículo 194 de la ley 100 de 1993 y reglamentadas por el decreto 1876 de 1994. Son una categoría especial de entidades descentralizadas creadas por la ley, a nivel nacional, y por ordenanzas y acuerdos a nivel territorial, que tienen por objeto prestar directamente los servicios de salud, y gozan de personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa.

Su régimen jurídico es el siguiente:

1. En su razón social se debe mencionar la expresión «empresa social del Estado».
2. Su objeto debe ser la prestación de servicios públicos de salud a

cargo del Estado como parte del servicio de seguridad social.

3. Su junta directiva estará integrada así: una tercera parte por representantes del sector político-administrativo; una tercera parte por el sector científico de la salud, y una tercera parte designada por la comunidad.

4. El director será designado por el jefe de la entidad respectiva, por un período de tres (3) años, de terna presentada a su consideración por la junta directiva.

5. Los servidores públicos vinculados a estas empresas serán empleados públicos o trabajadores oficiales, conforme al artículo 26 de la ley 10 de 1990, y estarán sometidos al régimen de carrera administrativa.

6. No están sometidos a la ley 80 de 1993, pero podrán, en forma discrecional, pactar en sus contratos las cláusulas exorbitantes establecidas en el Estatuto de Contratación Estatal.

7. En materia presupuestal están sometidas al Estatuto Orgánico del Presupuesto; sin embargo, requieren un régimen especial que prevea su modalidad de ingresos mediante el sistema de reembolso contra prestación de servicios.

8. Pueden recibir transferencias del presupuesto de las entidades na-

cionales o territoriales.

9. Para efectos tributarios, se encuentran sometidas al régimen de los establecimientos públicos.

3.4. Empresas oficiales de servicio público

La ley 142 de 1994 establece en sus artículos 14.5 a 14.7 que las empresas de servicio público pueden ser oficiales, mixtas o privadas. Tendrán el carácter de oficiales cuando «*el capital de la nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas*» tienen el 100% de los aportes.

Para tal propósito deben constituirse en sociedades por acciones o, en su defecto, en empresas industriales y comerciales del Estado.

Los actos de estas empresas están sometidos al derecho privado, salvo las excepciones legales¹². Además, están excluidas de la aplicación de la ley 80 de 1993, de conformidad con el párrafo 1º, artículo 32, de ese estatuto y el artículo 31 de la ley 412 de 1994, sin perjuicio de las reglas sobre selección objetiva que para tal efecto establezca la comisión de regulación.

¹² Dentro de estas excepciones, la Corte Constitucional ha señalado que estas entidades, independientemente de su conformación accionaria, están sometidas al ejercicio del derecho de petición y que la relación con los usuarios es de derecho público, en los términos del Estatuto Nacional de Usuarios, decreto 1842 de julio 22 de 1991.

En materia fiscal están sometidas al control de la Contraloría General en proporción a los aportes públicos. Estos procedimientos fueron regulados mediante resolución orgánica de la Contraloría General de la República No. 04572 de diciembre 4 de 1998, «*Por la cual se dictan normas para aplicar y armonizar la vigilancia de la gestión fiscal de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y se establecen unos procedimientos*», en cuyo artículo 1° se estableció:

Son sujetos del control fiscal estipulado en la presente resolución las Empresas de Servicios públicos Domiciliarios con aportes o participación de la Nación, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas de aquéllas o éstas, al igual que de las empresas industriales y comerciales del Estado en sus diferentes niveles que prestan tales servicios...

3.5. Empresas industriales y comerciales del Estado

Se definen en el artículo 85 de la ley 489 de 1998, en los siguientes términos:

(...) 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 de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

a) *Personería jurídica;*

- b) *Autonomía administrativa y financiera;*
- c) *Capital independiente constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, el producto 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.*

Al capital de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2,4,5,6, 12,13,17,27, numerales 2,3,4,5,7, y 183 de la ley 142 de 1994.

a. *Naturaleza de sus actos:* Serán de derecho privado, excepto los que se refieran al ejercicio de funciones públicas otorgadas directamente por la ley.

b. *Contratos:* Le son aplicables las disposiciones de la ley 80 de 1993; sin embargo, pueden prescindir de la licitación o concurso cuando se trate de actos o contratos que tengan por objeto las actividades comerciales e industriales propias de esta clase de empresas, con excepción de los contratos de obras públicas, consultoría, prestación de servicios, concesión y encargo fiduciario y fiducia pública (artículo 24, literal m); además, respecto a éstas, el artículo 76 de la ley 80 de 1993 dispone:

Los contratos de exploración y explo-

tación de recursos naturales renovables, y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse...

c. En materia presupuestal, las empresas industriales y comerciales del Estado, conforme al artículo 3º, inciso 3º del decreto 111 de 1996, pertenecen al segundo nivel de cobertura que «incluye la fijación de metas financieras a todo el sector público y la distribución de los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de Economía Mixta con el régimen de aquéllas, sin perjuicio de la autonomía que la Constitución y la leyes otorga...» El régimen presupuestal de esta clase de empresas se encuentra contenido en el decreto 115 de enero 15 de 1996.

d. En relación con el personal. De conformidad con el inciso 2º del artículo 5º del decreto ley 3135 de 1968, «Las personas que presten sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de

dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos».

3.6. Entidades descentralizadas indirectas

Conocidas como la descentralización de la descentralización, o la descentralización en segundo nivel, en la medida en que a ellas concurren entidades descentralizadas para su creación. En la ley 489 de 1998 encontramos varias formas, las cuales podemos resumir así:

3.6.1. Asociación de empresas industriales y comerciales del Estado

Las cuales se constituyen en la forma prevista en el Código de Comercio para la sociedades mercantiles y se crean con «la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales». El régimen anterior no se aplica en el caso de filiales de empresas industriales y comerciales del Estado, que son aquellas en las que éste participa con un 51% o más del capital total.

3.6.2. Asociaciones entre entidades públicas

Se constituyen mediante convenios interadministrativo o mediante la creación de entidades sin ánimo de lucro, a través de la participación de varias entidades estatales. Estas se

encuentran sometidas, en cuanto a su creación y funcionamiento, a las normas del Código Civil. Se constituyen como tal, las conferencias de gobernadores y la asociación de alcaldes y municipalidades.

3.6.3. *Asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de funciones estatales con asocio de los particulares*

El artículo 96 de la ley 489 de 1998 faculta a las entidades públicas para constituir entidades con o sin ánimo de lucro, mediante convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para «*el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigne a aquéllas la ley*».

3.7. **Institutos científicos y tecnológicos**

Son entidades estatales, con personería jurídica y autonomía administrativa y financiera que se encargan de desarrollar actividades científicas o tecnológicas. En los aspectos no regulados especialmente por el acto de creación y por las normas vigentes en materia de ciencia y tecnología, se les aplica las disposiciones de los establecimientos públicos.

Estas entidades se encargan de cumplir con el objetivo establecido en la ley 29 de febrero 27 de 1990, artículo 1º, que establece:

Corresponde al Estado promover y

orientar el adelanto científico y tecnológico y, por lo mismo, está obligado a incorporar la ciencia y la tecnología a los planes y programas de desarrollo económico y social del país y a formular planes de ciencia y tecnología tanto para el mediano como el largo plazo. Así mismo, deberá establecer los mecanismos de relación entre sus actividades de desarrollo científico y tecnológico y las que, en los mismos campos, adelanten las universidades, la comunidad científica y el sector privado colombiano.

Estas instituciones están sometidas al decreto 591 de febrero 26 de 1991, «*Por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas*»; al 393 de la misma fecha, «*Por el cual se dictan normas sobre asociación por actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnología*», y al 585 de 1991, que creó el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología y reorganizó el Instituto Colombiano para el desarrollo de la Ciencia y la Tecnología, «*Francisco José de Caldas*», COLCIENCIAS.

3.8. **Sociedades de economía mixta**

Gran duda suscitó la Constitución de 1991 en relación con estas entidades, teniendo en cuenta que no fueron incluidas dentro de los órganos que integran la rama ejecutiva del poder público. Así, en el artículo 115 de la Carta, inciso final, se estableció: «*(...) Las gobernaciones y las alcaldías,*

así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva».

El desarrollo legislativo posterior las incluyó como órgano de la rama ejecutiva, principalmente en aspectos relacionados con el derecho de petición, contractual, presupuestal y de control fiscal.

En el artículo 97 de la ley 489 de 1998 se definen como «organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial, conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley».

Teniendo en cuenta la conformación accionaria, si la participación del Estado es del 90% o más, se someterán al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Cuando la participación estatal es menor al 50%, se consideran como empresas de carácter privado.

Así las cosas, el régimen de las sociedades de economía mixta sólo será aplicable a estas empresas cuando el capital estatal sea del 50% o más, sin exceder del 90%.

a. Los actos de estas empresas serán de derecho privado, siempre que la ley no disponga lo contrario.

b. En cuanto a los contratos, a diferencia de lo establecido en el decreto 222 de 1983¹³, éstas son consideradas entidades estatales y se les aplica el régimen de Contratación Estatal de manera integral, con la salvedad que se hiciera para el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado en los términos de los artículos 24, literal m) y 76 de la ley 80 de 1993.

c. En materia presupuestal: Forman parte del segundo nivel de cobertura del Estatuto Orgánico del Presupuesto, pero únicamente las sociedades de economía mixta asimiladas a las empresas industriales y comerciales del Estado, es decir, con una participación accionaria oficial igual o superior al 90%. A estas empresas se les aplica igualmente el decreto 115 de 1996, «Por el cual se establecen normas sobre la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de aquéllas, dedicadas a actividades no financieras».

d. Régimen de personal: Si la sociedad de economía mixta tiene una participación estatal mayoritaria, sus empleados serán trabajadores oficiales, excepto los que desempeñen funcio-

¹³ El artículo 1° del decreto ley 222 de 1983 establecía en su inciso 3° que a las sociedades de economía mixta asimiladas a las empresas industriales y comerciales del Estado se les aplicaba el Estatuto pero sólo para los contratos de empréstito y obras públicas y respecto a las demás normas que expresamente se refirieran a dichas entidades.

nes de manejo o confianza, conforme a los estatutos de la entidad. Si la participación estatal es inferior al 50%, los trabajadores se rigen por las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

e. *Control fiscal*: En el artículo 21 de la ley 42 de 1993 se estableció que «*La vigilancia de la gestión fiscal de las sociedades de economía mixta se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social evaluando la gestión empresarial, de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8o. de la presente ley...*» Para tal efecto, la Contraloría General de la República expidió la resolución orgánica No. 03466 de 1994, «*Por la cual se dictan normas sobre la rendición y revisión de cuentas, el proceso de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva*». En el capítulo V se establecieron las normas sobre la

vigilancia de la gestión fiscal de las sociedades de economía mixta, y se las clasificó de acuerdo con la participación accionaria del Estado, así:

- *Sociedades de economía mixta con participación estatal igual o superior al 50%*: A las cuales se le aplicarán los «sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión, físico y de resultado».
- *Sociedades de economía mixta con participación estatal inferior al 50% pero superior al 30%*: Deberán suministrar a la Contraloría información sobre los planes y programas anuales de la entidad y un informe semestral sobre los alcances de esos planes.
- *Sociedades de economía mixta con participación estatal inferior al 30%*: Mediante una evaluación del informe del revisor fiscal.