

# RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO EN COLOMBIA

Aleksey Herrera Robles\*

## Resumen

*Aunque la finalidad de las empresas industriales y comerciales del Estado es la de realizar actividades propias del mercado, el régimen jurídico aplicable a partir de 1991 las ha sometido, en cuanto a la mayor parte de sus actos, a las reglas del derecho privado, con lo cual se desvirtúa su naturaleza.*

**Palabras claves:** Régimen jurídico - empresas industriales y comerciales, Colombia.

## Abstract

*Abstract: Even though the purpose of the Industrial and Commercial State's Enterprises is to realize the activities of the market, the juridical regimen applicable since 1991 have submitted a great part of their acts, to the rules of private law, distorting their nature.*

**Key words:** Juridical regimen - Industrial and Commercial State's Enterprises, Colombia.

Fecha de recepción: 12 de marzo de 2001

---

\* Abogado. Magíster en Estudios Político-Económicos. Profesor de Hacienda Pública, Derecho Constitucional General y Derecho Administrativo General. Director de la *Revista de Derecho*.

## 1. Antecedentes

El concepto clásico de «establecimiento público» ha sido definido por los franceses como «*un servicio público dotado de personalidad moral*», lo que constituye el género, equivalente dentro del régimen colombiano a la noción de entidades descentralizadas por servicio.

Según el profesor Vedel, son tres los rasgos que caracterizan al régimen jurídico de los establecimientos públicos:

- a. *Su personalidad moral*, la cual es adquirida por decisión del legislador y les permite la existencia de un patrimonio propio, autonomía financiera y sometimiento al principio de especialidad<sup>1</sup>;
- b. *Ser una entidad de derecho público*, lo que les permite ejercer las prerrogativas y poderes del poder público, pero al mismo tiempo justifica la existencia sobre ellos del régimen de tutela; y
- c. *Se encargan usualmente de administrar un servicio público*. En tal sentido, son de las entidades que tienen una finalidad menos extensa, más precisa, pero además y no obstante estar adscritas o vinculadas a la Nación o sus entidades territoriales, ejercen principalmente una competencia.<sup>2</sup>

Dentro de los establecimientos públicos se encuentran los de carácter industrial y comercial, los cuales, en razón de la naturaleza de sus funciones, escapan del Derecho Administrativo, de tal forma que se rigen por el derecho privado en cuanto a su relación con usuarios, terceros y en ocasiones con sus propios agentes.

Los primeros establecimientos públicos industriales y comerciales tuvieron origen en Francia en 1920, con la creación del *Servicio Nacional Industrial del Nitrógeno*—ONIA—e involucró otras actividades, tales como el tabaco, las cerillas y la Imprenta Nacional. Estas entidades surgieron de la iniciativa de las administraciones locales (principalmente municipales) como forma de reactivación económica frente a las penurias dejadas por la Primera Guerra Mundial. El Consejo de Estado consideró que tales actividades eran

<sup>1</sup>Según este principio, los establecimientos públicos sólo pueden tener las atribuciones y competencia propias de la materia conferida en la ley o en los respectivos reglamentos.

<sup>2</sup>VEDEL, George. *Derecho Administrativo*. Madrid, Aguilar, 1980, p. 621-623.

violatorias del principio de libertad de comercio e industria, y las prohibió a este nivel.

Posteriormente, después de la Segunda Guerra Mundial, con el inicio de la 4ª República francesa en 1946, se produjo un proceso de nacionalizaciones, iniciadas con el caso de la fábrica *Renault* como sanción por la actitud asumida durante la ocupación alemana por su propietario Louis Renault, el cual siguió posteriormente a otros sectores, tales como el de las hulleras, el gas, la electricidad, seguros, bancos, etc., fundamentadas en el preámbulo constitucional, que establecía que «*todo bien, toda empresa cuya explotación tiene o adquiere los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe convertirse en propiedad de la colectividad...*»

Para el caso de Colombia, durante el primer período institucional de la República, entre 1821 y 1850, se mantuvo el régimen establecido durante la Colonia, lo que permitió que cerca del 56% de los ingresos del Estado proviniera de monopolios rentísticos, tales como los del aguardiente, tabaco, sal, etc.<sup>3</sup> Entre 1851 y 1903 se estableció inicialmente un modelo económico liberal que trajo como consecuencia la liberación de muchos de los monopolios, incluido el del tabaco, que constituían el ingreso más importante del Estado. Pero al mismo tiempo, el Estado trató de intervenir en otros sectores como el de las comunicaciones, y principalmente a través de los servicios de ferrocarriles, telegrafía, correo, navegación y teléfonos y de infructuosos intentos de crear una banca central<sup>4</sup>.

Entre 1904 y 1936, la explotación de algunos monopolios estatales fue encargada a los particulares, y la intervención del Estado a través de actividades industriales quedó relegada a la actividad bancaria con la creación del Banco de la República, el Banco Agrícola Hipotecario, la Caja de Crédito Agrario, la Caja Colombiana de Ahorros, los bancos prendarios y el Banco Central Hipotecario; en materia de comunicaciones, relegó su intervención directa, y se mantuvo su intervención en el transporte férreo.

Entre 1936 y 1967 se incrementa la intervención del Estado, y especialmente a través de la creación de entidades descentralizadas encargadas de la atención de servicios públicos, pero al mismo tiempo de actividades industriales y comerciales. Obando Moncayo ha señalado al respecto:

<sup>3</sup> MELO, Jorge. «Las vicisitudes del modelo liberal». En: *Historia Económica de Colombia*. Bogotá, Ediciones Siglo XXI, 1987, p. 146-148.

<sup>4</sup> Aunque el primer intento se produjo en 1847, debido a la falta de respaldo del sector privado, se creó como institución pública en 1881.

Lo primero que salta a la vista en este período es la existencia de toda suerte de organismos públicos centralizados y descentralizados, los cuales, si bien constituyen en su mayoría una respuesta coyuntural a necesidades transitorias o permanentes de diversos tipos, son creadas en forma sistemática, y obedecen a planes específicos de orden sectorial.

Así, encontramos, en primer término, que entre 1936-67 fueron creados 110 organismos públicos del orden nacional, de los cuales, 104 tenían personería jurídica, 50 eran entidades descentralizadas del índole estrictamente administrativa, y el saldo, o sea 60, empresas públicas desde el punto de vista netamente económico; esto es, incluyendo aquellos organismos «autónomos» del Estado que, con personería jurídica o sin ella, actuaban como verdaderas empresas industriales o comerciales...<sup>5</sup>

Con la reforma constitucional de 1968 se estableció dentro de las funciones del Congreso de la República la de «[...] expedir los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta, de las empresas industriales o comerciales del Estado...»<sup>6</sup>. Como fue lo común durante ese período institucional comprendido entre 1968 y 1991, el Congreso se limitó a otorgar facultades precisas y *pro-tempore* al gobierno mediante ley 65 de 1967; de esta manera, el entonces presidente de la República, Carlos Lleras Restrepo, expidió los decretos leyes 1050 y 3130 de 1968: el primero contenía las normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional; el segundo contenía el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional.

Sobre la reforma anterior Morelli ha señalado:

*Sin lugar a dudas, una de las reformas administrativas más importantes tiene lugar en 1968, reforma que en todo caso acentuó la preponderancia del poder ejecutivo, no sólo al diferenciar el estado de sitio del estado de emergencia económica, sino al atribuirle la dirección general de la economía al Estado, de tal manera que éste tendría dentro de sus responsabilidades aquella de racionalizar y planificar el gasto para lograr un desarrollo integral; todo lo anterior a la luz de los pilares del Estado social, es decir, orientado a lograr el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad en*

<sup>5</sup> OBANDO MONCAYO, Alvaro. *Las empresas públicas en Colombia*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, p. 145.

<sup>6</sup> Constitución de 1886, artículo 76, numeral 10°, modificado por el artículo 11 del Acto Legislativo N° 1 de 1968, artículo 11.

*general, y de las clases proletarias en particular. Para el efecto, el Estado asumiría de manera directa, aunque no exclusiva, la producción, la distribución, el uso y el consumo de algunos bienes y servicios...<sup>7</sup>*

En el artículo 6º del decreto 1050 de 1968 se definieron las empresas industriales y comerciales del Estado como «[...] organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

- a. *Personería jurídica;*
- b. *Autonomía administrativa; y*
- c. *Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial...».*

Durante la vigencia de estas disposiciones se crearon empresas industriales y comerciales del Estado como INDUMIL (Industria Militar), Banco del Estado, ECOPEPETROL (Empresa Colombiana de Petróleos), FERROVÍAS (Empresa Colombiana de Vías Férreas), ADPOSTAL (Administración Postal Nacional), etc.

En la Constitución de 1991 varias disposiciones constitucionales se refirieron a estas empresas:

- El inciso final del artículo 115 de la Carta estableció que las empresas industriales y comerciales del Estado formaban parte de la rama ejecutiva del poder público;
- Dentro de las funciones del Congreso de la República se estableció en el artículo 150, numeral 7º, la de «[...] crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado...».
- En el artículo 334 de la Constitución se establece que el Estado podrá intervenir en la economía, entre otras formas, a través de la utilización y consumo de bienes y la prestación de servicios públicos, 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 y la preservación de un ambiente sano...».

<sup>7</sup> MORELLI, Sandra. «Panorama constitucional de la Administración Pública en Colombia». En: *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, N° 1. España, 1998, p. 101.

- El ejercicio de monopolios estatales como arbitrio rentístico, en los términos del artículo 336, se ejerce a través de empresas de esta naturaleza.
- Finalmente y en un intento de racionalización de la administración pública, en el artículo 20 transitorio se facultó al gobierno por el término de 18 meses para suprimir, fusionar y reestructurar, entre otras entidades, las empresas industriales y comerciales.

Finalmente, el Congreso de la República expidió la ley 489 del 29 de diciembre 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*»<sup>8</sup>. Las empresas industriales y comerciales quedaron reguladas en los artículos 85 al 94.

## 2. Justificación

Son varias las razones que justifican la creación de una empresa industrial y comercial del Estado, en sus distintos órdenes. De manera general, podemos distinguir tres situaciones:

- a. *«Cuando se trata de actividades que afectan la seguridad nacional, como en el caso de la fabricación de armas;*
- b. *Cuando se trata de actividades que afectan la estabilidad económica o social o que tienen una incidencia determinante en los procesos productivos, como la explotación de hidrocarburos;*
- c. *Cuando se trata de actividades que no obstante ser necesarias, los particulares no muestran interés en asumirlas, ya sea porque no son rentables o porque involucran un volumen de capital del que no disponen, o por que la actividad genera un nivel tan alto de riesgo que no se compara con la utilidad»*<sup>9</sup>.

De manera específica, la creación de estas empresas puede estar motivada en la administración de un monopolio o en una dinámica de intervención en la economía, buscando los fines de interés social a que se refiere el artículo 334 constitucional.

<sup>8</sup> El artículo 121 de la ley 489 de 1998 derogó especialmente los decretos leyes 1050 y 3130 de 1968 y 130 de 1976.

<sup>9</sup> HERRERA ROBLES, Aleksey. *Hacienda Pública*. Barranquilla, Ediciones Uninorte, 2000, p. 63.

Pero además, como una dinámica del Estado moderno, las empresas industriales y comerciales se pueden establecer con fines rentísticos, es decir, con la finalidad de buscar recursos que permitan financiar las necesidades esenciales<sup>10</sup>. En tal sentido, su justificación se encuentra en el hecho de que existe una demanda creciente de necesidades públicas no financiadas frente a una limitada capacidad de extraer recursos del sector privado al público mediante las cargas tributarias. Así, parte del déficit del Estado se puede financiar con empresas rentables que garantizan sus fines esenciales.

### 3. Noción y características

El artículo 85 de la ley 489 de 1998 define las empresas industriales y comerciales del Estado como «*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 reúnen las siguientes características:*

- a. *Personería jurídica;*
- b. *Autonomía Administrativa y financiera;*
- c. *Capital independiente constituido con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribución de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución...».*

Las características las podemos resumir de la siguiente manera:

#### 3.1. *Organismos creados por la ley o autorizados por ésta*

Por regla general, las empresas industriales y comerciales del Estado son creadas mediante ley de la República, la cual se encarga de otorgarles personería jurídica. Sin embargo, también pueden constituirse mediante autorización de ésta.

Se refiere en este evento a empresas industriales y comerciales indirectas, constituidas con la participación exclusiva de entidades descentralizadas, las cuales requieren para su constitución de la manifestación formal de la voluntad societaria y su posterior registro en la Cámara de Comercio, salvo lo referente a las filiales.

<sup>10</sup> Las *necesidades esenciales* son aquellas que se prestan a todos, sin ninguna distinción.

### 3.2. Objeto especial

Su objeto no se limita al desarrollo de actividades industriales y comerciales sino también a la gestión económica. Así, su objeto va desde la prestación de servicios públicos domiciliario hasta la realización de actividades bancarias y otras como sujeto de actividades financieras, actividades de transporte, explotación de recursos naturales, mercadeo y abastecimiento de productos agropecuarios, fabricación de armas y licores, etc.

### 3.3. Régimen de derecho privado

La ley determina que el cumplimiento del objeto de las empresas industriales y comerciales del Estado se somete a las normas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley. No obstante, en la práctica, la excepción se constituye en regla general y, en consecuencia, es difícil identificar actos privados en el giro de los negocios que le son propios a estas empresas.

Estas empresas se someten a las normas administrativas no sólo cuando cumplen funciones administrativas, en los términos del artículo 1º del Código Contencioso Administrativo, sino además en relación con sus contratos, los cuales se rigen por la ley 80 de 1993, en cuanto a sus empleados, que tienen el carácter de servidores públicos, en cuanto al manejo de sus presupuestos, que se rigen por el decreto 115 de 1996, y en cuanto a los privilegios y prerrogativas legales, las cuales les fueron extendidas por mandato del artículo 87 de la ley 489 de 1998<sup>11</sup>.

No obstante lo anterior, la ley identifica las siguientes situaciones sometidas al derecho privado:

- En relación con la protección del secreto industrial y la información comercial;
- En relación con la prohibición de utilizar los privilegios y prerrogativas que por vía de extensión les otorgó el artículo 87 de la ley 489 de 1998 cuando realicen actividades propias del mercado que impliquen competencia con empresas privadas.

<sup>11</sup> Ley 489 de 1998, artículo 87: «Las empresas industriales y comerciales del Estado como integrantes de la rama ejecutiva del poder público, salvo disposiciones legales 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...».

### 3.4. *Personería jurídica*

La personalidad jurídica se puede obtener por privilegio constitucional, legal, administrativo, a través del cumplimiento de requisitos legales o en forma automática.

Las empresas industriales y comerciales del Estado pueden obtener su personería jurídica por privilegio legal cuando son creadas por ley de la República, pero también por el cumplimiento de requisitos legales en la medida en que a través de la ley se autoriza su constitución, y se crean a través de la manifestación de la voluntad societaria de distintas entidades descentralizadas, con lo cual su capital quedaría representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.

En tal sentido, el artículo 94 de la ley 489 de 1998 dispone:

*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...*

### 3.5. *Autonomía administrativa*

Consiste en la facultad que tienen estas empresas para darse su propia organización, acorde con los fines de su objeto social, dentro de los límites que determine la ley. Así, si bien la ley las faculta para realizar cualquier acto que requieran para cumplir con dicho objeto social, establece al mismo tiempo que «[...] no podrán destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en la ley o en sus estatutos internos...».

### 3.6. *Autonomía financiera*

Las empresas industriales y comerciales del Estado cuentan con su propio presupuesto y tienen autonomía fiscal. Sus ingresos pueden provenir del giro ordinario de su actividad o de recursos provenientes del sector central, evento en el cual su manejo y destinación deben estar determinados a través de convenios de desempeño suscritos con los respectivos organismos.

### 3.7. *Capital*

El capital de estas empresas está integrado por recursos del Estado

representados en un aporte único o en acciones y cuotas de distintas entidades de igual naturaleza o descentralizadas en general.

Esta es la razón por la cual los excedentes financieros obtenidos al final del ejercicio fiscal deben ser reintegrados a la Nación y distribuidos por el Conpes. Algunos doctrinantes consideran que tal situación constituye un desestímulo a la generación de utilidades para el sector público rentable, pero realmente no tiene fundamento alguno sostener con recursos del Estado empresas que por filosofía deben generar utilidades o beneficios sin que tal actividad conlleve un beneficio social representado en la inversión de tales excedentes.

### 3.8. Organización interna

La dirección y administración de estas empresas estará a cargo de un gerente y una junta directiva.

El gerente es el representante legal de la entidad, y como agente del presidente de la República será de su libre nombramiento y remoción. En el caso de las empresas industriales y comerciales en los distintos órdenes, tal función corresponde a los gobernadores y alcaldes respectivos. Tratándose de empresas constituidas con aportes de varias entidades descentralizadas, la designación corresponderá a la autoridad del poder central al cual se encuentre vinculado, y en todo caso se someterá a las previsiones establecidas en los Estatutos.

Las juntas directivas serán presididas por el ministro o departamento administrativo a cuyo despacho se encuentre vinculada la entidad o su delegado. Los demás miembros serán establecidos en el acto de creación.

Cuando se trate de particulares, éstos no adquieren el carácter de empleados públicos, y en todo caso no pueden ocupar cargos directivos en empresas privadas que desarrollen actividades similares, por generarse un conflicto de intereses.

Las principales funciones de las juntas directivas son:

- a. *«Formular la política general de la empresa, el plan de desarrollo administrativo y los planes y programas, que conforme a la ley orgánica de planeación y a la ley orgánica del presupuesto, deben proponerse para su incorporación a los planes sectoriales y, a través de éstos, el plan nacional de desarrollo;*

- b. *Proponer al Gobierno Nacional las modificaciones a la estructura orgánica que consideren pertinentes y adoptar los estatutos internos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca;*
- c. *Aprobar el proyecto de presupuesto del respectivo organismo;*
- d. *Controlar el funcionamiento general de la organización y verificar su conformidad con la política adoptada;*
- e. *Las demás que les señalen la ley y los estatutos internos...».*

### **3.9. Filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado**

Ya hemos señalado que las empresas industriales y comerciales del Estado se pueden constituir con aportes de otras empresas industriales y comerciales o entidades descentralizadas de distintos órdenes. Sin embargo, en el artículo 49 de la ley 489 de 1998 se estableció el régimen de las filiales.

El Código de Comercio en su artículo 260, modificado por el artículo 26 de la ley 222 de 1995, dispuso:

*Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de una u otra persona que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial, o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se denominará subsidiaria.*

Las filiales de empresas industriales y comerciales del Estado se rigen por las siguientes disposiciones:

- a. Será filial la empresa en la que participe otra empresa industrial y comercial con un porcentaje superior al 51% del capital total;
- b. Cuando en su constitución participen otras entidades descentralizadas, la filial se constituirá como sociedad comercial y de acuerdo con las normas del Código de Comercio;
- c. Para que una empresa industrial y comercial pueda concurrir a la creación de una empresa filial requiere de la autorización del Congreso, la asamblea o el concejo respectivo, la cual puede ser especial o general, en los eventos en los que esté autorizado en el acto de constitución de la empresa.

- d. Los actos de las filiales se someten a las normas del derecho privado, y específicamente del Código de Comercio, en lo que se relaciona con los actos, contratos, régimen laboral y relaciones con terceros.
- e. Cuando en la constitución de una filial participen entidades privadas, se someterán a las normas de las sociedades de economía mixta.
- f. El control de tutela sobre las filiales será ejercido por las empresas industriales y comerciales que posean participación mayoritaria.

#### 4. Régimen contractual

Con el Estatuto de Contratación anterior, decreto 222 de 1983, las empresas industriales y comerciales se regían, por regla general, por las normas civiles y comerciales que regían los contratos entre particulares, con excepción de los contratos de obras públicas y empréstitos, que se sometían a este régimen especial.

Actualmente se rigen por las normas del Estatuto General de Contratación Estatal, contenido en la ley 80 de 1993. Lo anterior se fundamenta no sólo en el artículo 93 de la ley 489 de 1998<sup>12</sup> sino, además, en los artículos 1º y 2º del Estatuto Contractual, que establecen que dicha ley se aplica a las entidades estatales y que dentro de éstas se encuentran tales empresas.

La inclusión de estas empresas dentro del régimen de contratación estatal constituye un acto de desnaturalización, pues se entiende que por definición estos organismos deben someterse a las normas del derecho privado en el desarrollo de actividades propias de los particulares y compitiendo en condiciones propias del mercado. En tal sentido, González López ha señalado que estas entidades «[...] no ganaron, sino perdieron, y con ellas el Estado, en cuanto a la necesidad que tiene de formalizar de manera inmediata sus contratos, para dar una respuesta rápida y oportuna a los requerimientos de carácter comercial y del servicio a su cargo, máxime si sus actividades se encuentran en competencia con los particulares...»<sup>13</sup>.

Sin embargo, la aplicación del Estatuto tiene algunas excepciones:

<sup>12</sup> Ley 489 de 1998, artículo 93: «[...] Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales».

<sup>13</sup> GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. «Modalidades de actuación del contratista particular». En: *Régimen de Contratación Estatal*. 2ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 109.

- a. El literal m) del artículo 24 de la ley 80 de 1993 establece que se puede prescindir del trámite licitatorio en los contratos que «*tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley*». Estos contratos son los de obras públicas, consultoría, prestación de servicios, concesión y encargo fiduciario y fiducia pública.

El decreto 855 de 1994<sup>14</sup> en su artículo 18 establece que estos contratos son principalmente los de compraventa, permuta, suministro y arrendamiento de bienes que constituyan el objeto de estas empresas, así como «*de los insumos, materias primas y bienes intermedios para la obtención de los mismos, los materiales y equipos que se empleen directamente para la producción de bienes o prestación de servicios, así como los relativos al mercadeo de sus bienes y servicios*».

- b. Se encuentran igualmente excluidos de la aplicación del trámite licitatorio, los contratos que realicen las empresas industriales y comerciales del Estado relacionados con los productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas, evento en el cual se someterán a las reglas establecidas para éstos, como sucede con el caso del IDEMA.
- c. Quedan excluidas en forma integral de la aplicación del Estatuto las empresas industriales y comerciales del Estado que tienen por objeto actividades de crédito, compañías de seguro y demás entidades financieras de carácter estatal, como lo establece el parágrafo 1º del artículo 32 de la ley 80 de 1993.
- d. Las empresas que presten servicios de telecomunicaciones en relación con los contratos vinculados con la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen<sup>15</sup>.
- e. Las empresas de servicios públicos domiciliarios que tengan el carácter de empresas industriales y comerciales del Estado. En tal sentido, la ley 142 de 1994 señala que la prestación de estos servicios debe estar a cargo de empresas de servicios públicos, las cuales son «*sociedades por acciones*

<sup>14</sup> D. 855 de 1994, «*Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 80 de 1993 en materia de contratación estatal*».

<sup>15</sup> Ley 80 de 1993, artículo 38.

cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta ley». <sup>16</sup> Sin embargo, en el evento en que una entidad descentralizada, de cualquier orden, asuma la prestación del servicio, debe adoptar la forma de empresa industrial y comercial, por mandato del parágrafo 1º del artículo 17 de la ley 142 de 1994.

En el artículo 31 de la citada ley se establece que los contratos que suscriban estas entidades se someten a las disposiciones del parágrafo 1º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, que como se indicó en la excepción planteada en el literal b), no se rigen por esta ley.

## 5. Régimen presupuestal

El Estatuto Orgánico del Presupuesto, contenido en el decreto 111 de 1996<sup>17</sup>, se le aplica a las empresas industriales y comerciales de carácter no financiero, pero sólo en forma parcial. En tal sentido, en el artículo 3º, sobre «Cobertura del Estatuto», se establecen dos niveles de aplicación: el primero, para la Nación y los establecimientos públicos, a los cuales se aplica en forma integral, y el segundo, a las empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta asimiladas, que sólo incluye «la fijación de metas financieras a todo el sector público y la distribución de excedentes financieros...» sin perjuicio de la autonomía que les confiere la Constitución y la ley.

Sobre metas financieras, el artículo 96 dispone que, con excepción del principio de inembargabilidad, estas empresas están sometidas a los de planificación, anualidad, universalidad, unidad de caja, programación integral, especialización, coherencia macroeconómica y homeostasis presupuestal.

Sobre los excedentes financieros, la ley determina que son de la Nación, y le corresponde al CONPES efectuar su distribución en el presupuesto, y debe asignarle al menos el 20% a la empresa que lo genere. Tal decisión deberá estar antecedida de un concepto emitido por el representante legal de la entidad, el cual analice las implicaciones de la asignación de los excedentes financieros y de las utilidades.

En relación con el régimen presupuestal de las empresas industriales y comerciales, la ley 179 de 1994, artículos 9º y 43, otorgó facultad al gobierno para:

<sup>16</sup> Ley 142 de 1994, artículo 17.

<sup>17</sup> El Estatuto Orgánico está integrado por las leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, compiladas en el citado decreto.

- Reglamentar los aspectos concernientes a la adquisición de compromisos con cargo a vigencias futuras;
- Incorporar los principios presupuestales;
- Establecer las directrices y controles que estas empresas debían cumplir en la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos, así como la inversión de sus excedentes.

De esta manera, el gobierno expidió el decreto 115 del 15 de enero 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*».

Las regulaciones especiales del Decreto se resumen así:

- a. Se transcriben los principios presupuestales, excepto el de inembargabilidad;
- b. Los compromisos adquiridos por las empresas que afecten vigencias futuras deben llevar un concepto técnico del Ministerio al cual se encuentren vinculados estos organismos, y requerirán de la autorización del Consejo Superior de Política Fiscal – Confis–. Si el compromiso afecta el presupuesto de inversión, requiere además el concepto previo favorable del Departamento Administrativo de Planeación Nacional, con excepción de los contratos de crédito, los cuales se registrarán por las normas especiales que regulan la materia.
- c. El presupuesto estará integrado por los ingresos que comprenden la disponibilidad inicial<sup>18</sup>, ingresos corrientes por recaudar y los recursos de capital; dentro de éstos se pueden incorporar los valores que corresponden al cupo de endeudamiento autorizado por el gobierno. Los gastos comprenden los de funcionamiento, operación comercial, servicio a la deuda y gastos de inversión.
- d. Al igual que en el Estatuto Nacional, sólo pueden incorporarse en el presupuesto los gastos que correspondan a créditos judicialmente reconocidos, gastos decretados conforme a una ley anterior, los destinados

<sup>18</sup> La disponibilidad inicial se refiere a los excedentes que resultan del ejercicio fiscal, después de la distribución efectuada por el CONPES.

- a dar cumplimiento al Plan o Programa de Desarrollo y las normas que organizan la empresa.
- e. Las apropiaciones son autorizaciones máximas de gasto durante la vigencia fiscal, y expiran al finalizar ésta, el 31 de diciembre de cada año.
  - f. Todo compromiso adquirido con cargo al presupuesto debe contar en forma previa con su correspondiente disponibilidad presupuestal; adquirido el compromiso, deberá expedirse el registro correspondiente. Queda prohibido a los servidores públicos adquirir compromisos sin que exista la correspondiente apropiación o que la exceda.
  - g. La iniciativa en la elaboración y presentación del presupuesto es del gerente o director o de la entidad; su aprobación corresponderá a la junta o consejo directivo. El anteproyecto debe ser presentado al Departamento Administrativo de Planeación Nacional y a la Dirección General del Presupuesto antes del 31 de octubre de cada año. Este organismo presentará el proyecto al CONFIS, el cual lo aprobará mediante resolución.
  - h. Toda modificación a la planta de personal requiere de viabilidad presupuestal expedida por la Dirección General del Presupuesto Nacional.
  - i. La Nación podrá otorgar aportes a las empresas industriales y comerciales para el logro de su objeto. Los rendimientos financieros generados por éstos serán de la Nación, excepto cuando estén destinados a la seguridad social.

## 6. Régimen de función pública

De acuerdo con lo establecido en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, «[...] *Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; 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*».

La disposición anterior se repite a nivel departamental en el artículo 233 del Decreto Ley 1222 de 1986, Código de Régimen Departamental<sup>19</sup>, y en el orden municipal, en el artículo 292 del D.L. 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal.

<sup>19</sup> D.L. 1222 de 1986, artículo 233: «[...] *Quiénes presten sus servicios en las empresas industriales y*

Se complementa la anterior disposición con el mandato del artículo 5º del decreto 1848 de 1969, que dispone:

*En los estatutos de los establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Estado (y sociedades de economía mixta<sup>20</sup>), a que se refiere el literal b) del artículo 3º, se hará la clasificación correspondiente de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales de esas entidades, conforme a las reglas del artículo 5º del D. 3135 de 1968 y de este decreto.*

Las empresas industriales y comerciales, por sustracción de materia, no están sometidas al régimen de carrera administrativa, teniendo en cuenta que, por una parte, el artículo 125 de la Constitución Nacional<sup>21</sup> excluye expresamente a los trabajadores oficiales, que son la mayoría de los servidores públicos vinculados a estas entidades, y por otra, el artículo 5º exceptúa igualmente del régimen de carrera administrativa los empleos de libre nombramiento y remoción que tengan a su cargo la dirección, conducción y orientación institucional.

## 7. Control

Las empresas industriales y comerciales del Estado, como entidades descentralizadas, están sometidas al control de tutela, el cual es definido como «*aquel que ejerce el poder central sobre las entidades y autoridades descentralizadas, tanto territorialmente como por servicios*»<sup>22</sup>.

Como organismo vinculado<sup>23</sup>, el control de tutela sobre estas empresas recae no sólo sobre los servidores públicos que tienen a su cargo la dirección y administración sino, además, sobre el aspecto funcional.

---

*comerciales y en sociedades de economía mixta departamentales son trabajadores oficiales. No obstante, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos».*

<sup>20</sup> Declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia de julio 16 de 1971.

<sup>21</sup> C.N. artículo 125: «Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley...».

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo, General y Colombiano*, 10ª ed. Bogotá, Temis, 1998, p. 51.

<sup>23</sup> Las entidades descentralizadas por servicio pueden ser adscritas, como en el caso de las superintendencias y establecimientos públicos, y vinculadas como las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades mixtas. Los entes adscritos «forman parte de la administración», mientras que los vinculados adquieren, en teoría, una mayor autonomía colaborando con ésta.

En el caso del control sobre los servidores, tenemos:

- a. El artículo 91 de la ley 489 de 1998 establece 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*».
- b. En cuanto a su junta directiva, se le aplican las normas de los establecimientos públicos. Al respecto, éstas serán presididas por el ministro o jefe de departamento administrativo al cual esté vinculada la empresa, sin perjuicio de que otros ministros o funcionarios nacionales formen parte de ésta, de acuerdo con la ley o acto de creación o constitución.

En relación con el control funcional tenemos la siguientes situaciones:

- a. El Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, y los ministros y jefes de departamentos administrativos ejercen control administrativo sobre el organismo, el cual se ejercerá a través del poder de instrucción y de la intervención como miembros en la juntas directivas con objeto de «*constatar y asegurar que las actividades y funciones de los organismos y entidades que integran el respectivo sector administrativo se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales...*». No obstante lo anterior, ningún acto de las empresas industriales y comerciales del Estado que le corresponda expedir en virtud de su objeto estará sometido a la autorización o aprobación de los organismos centrales, con excepción de las reglas analizadas en el capítulo anterior respecto al presupuesto.
- b. Las empresas industriales y comerciales deberán suscribir en forma periódica, con el respectivo ministerio o departamento administrativo, convenios para la ejecución de planes y programas, en los cuales se determinarán los compromisos y obligaciones que deben asumir. Estos convenios se perfeccionarán con la suscripción y la constitución de la respectiva reserva presupuestal, y en ellos se podrá pactar, en contra de la entidad industrial y comercial, la caducidad administrativa.
- c. La inversión de recursos de la Nación y las entidades territoriales en la financiación de empresas industriales y comerciales debe estar acompañada de la suscripción de un convenio de desempeño, en el cual se determinarán los «*objetivos, programas de acción en los aspectos de organización y funcionamiento y técnicos para asegurar el restablecimiento de las condiciones para el buen desempeño de la entidad, en función de los objetivos y funciones señaladas por el acto de creación*».

## CONCLUSIONES

- Las empresas industriales y comerciales del Estado se constituyen como instrumentos para la atención de necesidades propias del mercado frente a la ausencia de iniciativa, interés o posibilidad de que los particulares asumen. En consecuencia, su finalidad no es simplemente competir con los particulares sino realizar actos de intervención económica justificados en asuntos de seguridad nacional, equilibrio económico, fallas del mercado o la obtención de recursos que permitan la financiación de las necesidades esenciales.
- Aunque la ley 489 de 1998 establece que estas empresas se rigen por las normas del derecho privado, salvo las excepciones que establece la ley, en la práctica se observa que en el desarrollo normativo posterior a 1991 prevalecen las instituciones de derecho público, no sólo en cuanto al régimen de sus contratos, manejo presupuestal y función pública, sino en cuanto a la extensión de privilegios y prerrogativas, que tradicionalmente habían sido concedidas privativamente a la Nación y a los establecimientos públicos.
- La constitución de las empresas industriales y comerciales puede ser por mandato de la ley o por autorización de ésta, cuando concurren en su conformación varias entidades descentralizadas. Dividido el capital en cuotas iguales, cuando una empresa industrial o comercial del Estado posea más del 51%, se someterá al régimen especial de las filiales, empresas que se constituyen de acuerdo con las reglas propias del derecho privado y que se encuentran sometidas, en cuanto a los contratos, personal, naturaleza de sus actos y relaciones frente a terceros, a las normas del Código de Comercio.