

REGULACIÓN DE LA EMPRESA PÚBLICA EN COLOMBIA

SUMARIO: *Fijación del concepto de "empresa pública": I. Tipología y creación de las empresas. II. El control de las empresas en la constitución III. Los controles de la empresa pública en la ley. A. Controles administrativos. B. Técnicas del control fiscal. IV. Aspectos laborales. V. Autonomía y prerrogativas. VI. Conclusiones.*

Fijación del concepto de "empresa pública"

A fin de determinar exactamente el contenido y restricciones de este trabajo, se advierte que en él se empleará el concepto de empresa pública descrito por el contralor general de Colombia, en la ponencia que presentará a consideración del X Congreso Internacional de entidades fiscalizadoras superiores, que se celebrará en el mes de junio de 1980, en la ciudad de Nairobi, Kenia. En dicho estudio, se define así a la empresa pública: ". . . señalaremos que en Colombia las empresas públicas son aquellas entidades creadas por el Estado, y que tienen a su cargo actividades de gestión económica, industrial y comercial y que en ocasiones pueden revestir la calidad de servicios públicos, abstracción hecha de su estructura organizativa y de su régimen jurídico específico", y de la formación u origen de su capital sería necesario agregar:

Para una mayor precisión se tendrá igualmente en cuenta la clasificación hecha en esa ponencia, en razón del objeto específico de la empresa pública, de esta manera:

Empresas dedicadas a la prestación de servicios públicos (industriales y comerciales).

Empresas que como actividad subsidiaria tienen atribuido el ejercicio de funciones administrativas.

Empresas encargadas de la explotación y comercialización de recursos naturales.

Empresas que se ocupan en la producción de bienes.

Empresas que desarrollan simultáneamente prestación de servicios y producción de bienes, y por último:

Empresas que actúan en el mercado de capital.

Con bases en estos elementos se puede intentar una definición: En Colombia, las empresas públicas son organizaciones jurídicas estatales creadas para prestar servicios públicos o producir bienes y comercializarlos, en cooperación o no con los particulares, bajo régimen de derecho privado o público.

I. *Tipología y creación de las empresas*

Origen. En Colombia, como seguramente en la mayoría de los países latinoamericanos, las primeras empresas públicas fueron organizadas para prestar los servicios públicos esenciales, como el suministro de agua potable, la energía eléctrica, la educación, los transportes férreos, y el transporte urbano en tranvías y el bancario. El Código de Régimen Político y Municipal de 1913 apenas si menciona la posibilidad de que en los municipios puedan organizarse “establecimientos públicos”, sin indicar su estructura, naturaleza, objeto, régimen, ni su financiación, modos y campos de operaciones.

Modernización. El gran salto se da cuando en la reforma constitucional de 1936 se proclama la intervención estatal en la economía y, como una de sus consecuencias, el Estado se hace gestor, promotor y empresario en este orden de actividades.

Posteriormente, la enmienda constitucional de 1968 (Acto legislativo No. 1), recoge, sistematiza y tipifica los distintos tipos de organización empresarial que se habían ido perfilando pragmáticamente, bajo los nombres genéricos de “instituciones oficiales o semificiales”.

Por su parte la ley los agrupa por sectores, encuadramiento que permite orientarlos dentro de la planeación general y que permite concebirllos ya no solo como medios de descentralización administrativa, sino como mecanismos de promoción del desarrollo.

Formas de descentralización administrativa. En la actualidad, vigente la reforma acabada de citar, la constitución colombiana prevé dos modalidades de descentralización administrativa: la espacial o geográfica (art. 5), mediante creación de entidades territoriales denominadas departamentos, intendencias y comisarías, las cuales se subdividen en distritos o municipios, y la funcional o por servicios, realizada con la organización de tres tipos de entidades, llamadas “establecimientos públicos”, empresas comerciales e industriales del Estado y sociedades de economía mixta (art. 76, ordinales 9 y 10). Establece también las corporaciones regionales autónomas (art. 76, ord. 10), como una especie mixta de las dos fórmulas de descentralización que aplica.

Descentralización regional y local. Los tres tipos de entidades acabadas de enumerar pueden existir tanto en el orden nacional, como en los departamentos y municipios.

Asociaciones de municipios. Una modalidad especialísima de empresa pública con finalidad de prestación de servicios públicos es la que se presenta con la autorización constitucional (art.198), proveniente también de la reforma de 1968, para que los municipios puedan asociarse con aquella finalidad, asociación que puede ser obligatoria cuando así lo impongan los respectivos estudios económicos. Estas asociaciones pueden conformarse para organizar un solo, varios o todos los servicios de los asociados. Reglamenta esta institución la ley 1ª de 1975.

Integración de servicios. Últimamente se ha entrado en un proceso de integración nacional de ciertos servicios no sólo material sino jurídicamente. Son ejemplos de ese fenómeno la integración de redes eléctricas y de los servicios educativos y de salud pública. Estos hechos han dado nacimiento a nuevos modos de organización y operación como son los Fondos Educativos Regionales y los Servicios Seccionales de Salud. La integración ha tenido efecto mediante la unificación de los aportes de la Nación y los de los departamentos para tales servicios, mediante la planificación común de las inversiones. El medio jurídico empleado ha sido el de contratos inter-administrativos, fórmula que respeta la autonomía de los entes contratantes y sirve, a la vez de control técnico y financiero.

Autogestión de servicios y consulta popular. Debe tenerse presente también que el artículo 196 de la constitución faculta a los Consejos Municipales para crear dentro de su jurisdicción las que denomina "Juntas Administradoras Locales", en las cuales puedan delegar algunas de sus funciones respecto del área rural o urbana que se señale a cada Junta. Este mecanismo, hasta ahora tímidamente ensayado, permitirá crear un medio de participación ciudadana, o de auto-gestión o auto-administración de algunos servicios locales por sus propios usuarios. Desgraciadamente no ha habido desarrollos legislativos suficientes ni aplicaciones concretas de tan importante institución.

En Colombia son escasos y de débil eficacia los instrumentos de participación en la creación, dirección y gestión de empresas. Las ligas de consumidores y usuarios son poco numerosas y pequeñas; los comités de precios, a nivel municipal, no tienen competencias propias y su actuación es ocasional, en condición de asesores de los alcaldes; la acción comunal es un movimiento cívico que no ha operado en este sector: la ley ha previsto, pero en un plan técnico de asesoría del Gobierno, consejos asesores en que hay representantes del sector privado (D. 1050/58, art. 16), pero su acción

en el sentido de la defensa del usuario o de control de la empresa se desconoce.

Cursa en el Congreso un proyecto de reforma constitucional que establece la consulta popular —sin efectos decisorios— en asuntos municipales, espontánea o convocada por las autoridades que será más que todo, un mecanismo orientador de la acción estatal a nivel local.

Las concesiones de servicios. Para las limitaciones de este trabajo, debe advertirse que se reduce a las empresas de servicios públicos y de gestión industrial o comercial de origen y carácter estatal, excluyendo, las empresas de servicios públicos privadas, las cuales han recibido la correspondiente concesión, tienen controladas sus tarifas y se rigen, por estar intervenidas, por un estatuto de derecho público. El artículo 9º del Decreto 1050 de 1968, aclara: “Los contratos de concesión y de administración fiduciaria que celebre el Gobierno se regirán por la ley que los autoriza y no confieren, por sí solos, el carácter de Establecimiento Público o de Empresa Industrial y Comercial del Estado al concesionario o administrador fiduciario”.

Procedimiento de creación. La creación de las empresas en el plano nacional es de competencia del Congreso, la cual debe efectuarse mediante ley contentiva de los respectivos estatutos básicos (art. 76, ordinales 9 y 10), u otorgando facultades extraordinarias o habilitación legislativa al Gobierno para hacer la correspondiente creación y ordenamiento (art. 76, ord. 12). Lógicamente, esta segunda forma no es la corriente, pero tiene validez constitucional. Debe anotarse, además, que la iniciativa de la creación de estos entes ha sido reservada al ejecutivo, quien es el único que puede presentar proyectos de ley y de modificación de las leyes vigentes en esta materia (art. 79, inc. 2º). Obviamente, cuando se trata de sociedad, su constitución se hace mediante escritura pública.

En el plano departamental, la creación de los mencionados organismos corresponde a las asambleas, por medio de ordenanzas, las cuales sólo pueden expedirse a iniciativa del Gobernador (art. 187, ord. 6º y art. 194, núm. 6º).

A su vez, en los municipios la creación de que se viene tratando es decidida por los respectivos consejos, dictando los correspondientes acuerdos, a iniciativa del alcalde (art. 197, núm. 4º).

Tanto en los departamentos como en los municipios cabe la posibilidad de investir a sus gobernadores y sus alcaldes, respectivamente, de facultades para que puedan crear y organizar estos entes, en forma similar a lo que existe en el plano nacional.

La creación de empresas departamentales y municipales está sujeta por disposición constitucional (arts. 187 y 197), a las condiciones que señale la ley.

Debe tenerse en cuenta, igualmente que la ley colombiana autoriza a las entidades descentralizadas para asociarse entre sí, y en los tres niveles de la administración, caso en el cual se configuran las "entidades descentralizadas de segundo grado" (D. 3130/68, art. 5º), las que deben adoptar una de las tres formas típicas y determinar en el acto de constitución su pertenencia al orden nacional, departamental o municipal.

Tipos de entes empresariales. Los tres tipos básicos de entidades descentralizadas tienen como caracteres comunes los siguientes, deducidos de su definición legal y de la regulación de sus actividades, contenidas en los decretos Nums. 1050 y 3130 de 1968:

Caracteres comunes. a) Son personas jurídicas, distintas de aquellas respecto de las cuales se consideran descentralizadas; creadas o autorizadas por la ley, la ordenanza o el acuerdo, según el nivel al cual pertenezcan; pueden tener algunas de las ventajas o prerrogativas propias del Estado, siempre que les hayan sido atribuidas expresamente por la ley;

b) Gozan de autonomía administrativa en el grado en que se la otorgue el acto que las crea, pero están "adscritas" o vinculadas a los entes centralizados de la administración respectiva, relación que implica su sujeción a un control de tutela de diferente intensidad, cuyos alcances se describirán adelante;

c) Tienen un patrimonio independiente formado total o primordialmente con bienes y recursos públicos y, por tanto, una relativa autonomía financiera y presupuestal; y

b) Están sometidos, aunque por procedimientos diferentes a la vigilancia fiscal de la Contraloría General de la República (arts. 59 y 60 de la constitución).

Diferencias. Por contraste, entre esas tres clases de entidades los decretos citados establecen estas diferencias:

Establecimientos públicos. 1º Los establecimientos públicos cumplen primordialmente funciones administrativas pero, también, por excepción, pueden desarrollar actividades de otra índole, como la prestación de servicios públicos y aun la gestión industrial y comercial, todo bajo un régimen de derecho público; además, su patrimonio está conformado integralmente por bienes y recursos provenientes totalmente del Estado, y sus servidores son "empleados públicos", esto es, funcionarios con vinculación laboral legal y reglamentaria no contractual;

Empresas industriales y comerciales. 2º Por su parte, las empresas industriales y comerciales tienen regido su funcionamiento por reglas de derecho privado, su patrimonio está constituido integralmente por bienes y

recursos procedentes del erario nacional, desarrollan actividades de industria o comercio semejantes a las de los particulares, en ejercicio de un monopolio o compitiendo con las empresas privadas similares, y sus servidores son “trabajadores oficiales”, vinculados mediante contrato; y

Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta tienen el carácter de sociedades comerciales, generalmente anónimas y con participación mayoritaria del Estado en la composición de su capital, y se rigen por el estatuto privado correspondiente a la forma que adopten.

La empresa pública en Colombia puede organizarse, según lo disponga el acto creador, bajo cualquiera de estas tres modalidades o especies de entes descentralizados, de primero o segundo grado. Por esto, el criterio que se impone para la determinación de su naturaleza no puede ser otro que el de la definición o calificación legal, sin que por ello dejen de presentarse casos de entes atípicos, como el Banco de la República.

II. *El control de las empresas en la constitución*

Hecha esta descripción sintética, debemos orientarnos al estudio de los controles de las empresas públicas.

En primer término, a nivel constitucional, se establece “el control de la gestión fiscal de la administración”, que corresponde ejercer al contralor general de la República (art. 59), el cual está complementado por un control político ejercido por la Cámara de Representantes (art. 102), a la cual le compete no solo la elección de aquél funcionario sino “examinar y fenecer definitivamente la cuenta general del presupuesto y del Tesoro”, que le deben presentar anualmente el dicho contralor, previo el estudio y elaboración de un informe hecho por una comisión especial (art. 59, Ley 20 de 1975).

Dentro de las competencias constitucionales del contralor, el artículo 60 le confiere las de: prescribir los métodos de contabilidad de la Administración Nacional y de sus entidades descentralizadas, así como la forma de rendir cuentas los funcionarios responsables del manejo de bienes o dineros nacionales; exigir informes a los empleados nacionales, departamentales y municipales sobre su gestión fiscal, y revisar y fenecer las cuentas de los empleados de manejo.

Según el artículo 187 de la constitución, en los departamentos también se podrá organizar la correspondiente Contraloría Departamental y son las asambleas las que eligen al contralor respectivo.

Debe considerarse también la función de policía administrativa de orden general asignada al presidente de la República para inspeccionar los establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles (art. 120, ord. 15), y la facultad especial de intervención sobre el banco emisor y el ahorro pri-

vado, de conformidad con las reglas de las respectivas leyes-cuadro (art. 76, ord. 22).

De otro lado el artículo 39 establece que las tarifas de las empresas de transportes y demás servicios públicos serán fijadas por el Estado, con lo cual se crea un control económico no sólo sobre las empresas estatales sino general sobre las empresas privadas que prestan servicios públicos por concesión.

Deben llamarse también la atención sobre lo dispuesto en el artículo 80 que atribuye a una de las comisiones interparlamentarias del Congreso, la de Planes de Desarrollo Económico y Social, la función de vigilar la evolución del gasto público, control político que puede ser aplicado al ejercicio presupuestal de las empresas públicas.

No debe olvidarse tampoco que la iniciativa, tramitación y aprobación de la ley anual del presupuesto, competencias del Gobierno y del Congreso, permiten a éstos orientar y determinar las actividades de las empresas en su funcionamiento e inversiones, mediante una programación rígida y continuada.

La reforma constitucional de 1979 introdujo varios mecanismos de control que pueden concretarse en: a) Las citaciones ministeriales pueden dar ocasión a "mociones de observaciones", asimilables casi a votos de censura; b) Las comisiones de las cámaras pueden hacer audiencias sobre temas de interés nacional, y disponen de medios para hacer efectiva la comparecencia de los citados.

Fuera del control político que pueden ejercer las cámaras legislativas utilizando el mecanismo de las interpelaciones o citaciones ministeriales (arts. 104 y 134), tanto en las Comisiones Constitucionales permanentes como en las sesiones plenarias de aquéllas, la Ley 17 de 1970 constituyó una comisión especial, la No. 8, encargada de ejercer vigilancia sobre las entidades descentralizadas, para lo cual se le confirieron las siguientes facultades: ". . . Tendrá las siguientes funciones: a) Conocer en primer debate de los proyectos de ley que creen, supriman, reformen u organicen Establecimientos Públicos y empresas industriales y comerciales del Estado y de economía mixta, y de los estatutos básicos a que deben someterse estas entidades y vigilar su funcionamiento; b) Preparar los proyectos de ley que sean necesarios para la buena marcha de estas entidades; c) Estudiar los presupuestos de los Establecimientos Públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta para su revisión en la Comisión Cuarta . . ." Están previstas también comisiones ocasionales, *ad hoc*, que pueden ocuparse de informar y controlar actividades estatales.

Acaba de presentarse, además, un proyecto de ley que organiza un tribunal de comercio que tendrá como objetivo preferente el control y correc-

ción de los fenómenos de concentración monopolítica y la lucha contra las prácticas restrictivas del comercio.

III. *Los controles de la empresa pública en la ley*

En el campo legislativo encontramos desarrolladas las siguientes modalidades de supervigilancia y control sobre las empresas públicas:

A. Los auto-controles de la administración, ejercidos por ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, o por los propios órganos de las entes descentralizados;

B. Las técnicas de control fiscal desarrolladas por la Contraloría General de la República, y

C. Los controles jurisdiccionales, especialmente el contencioso-administrativo.

A. *Controles administrativos*

Los que establece la ley colombiana respecto de las empresas estatales, son:

1. Siendo relativa la autonomía de estos entes, el artículo 7° del Decreto 1050 de 1968 los somete a tutela gubernamental que, según esa disposición, "tiene por objeto el control de sus actividades y la coordinación de éstos con la política general del Gobierno", control cuyas modalidades e intensidad se especifican para cada ente en el estatuto que las crea y regula su funcionamiento;

2. Las juntas o consejos directivos, en desarrollo de la dicha tutela, están presididos por un ministro, o un delegado suyo, procedencia que no es puramente formal, sino que se traduce en una dirección efectiva, a la vez que vigilante de la actividad de la empresa (art. 25, D. 1050/68);

3. Los gerentes, presidentes o directores de estas empresas son de libre nombramiento y remoción del presidente de la República (Art. 25, 1050/68), lo cual es indicativo de su sujeción jerárquica, de su condición de agentes del jefe de la administración y de su condición de empleados públicos, obligados a ceñirse a la política oficial del Gobierno;

4. Las Juntas Directivas o Consejos están facultados para formular la política general y los planes y programas de estos organismos, pero "conforme a las reglas que prescriban el Departamento Administrativo de Planeación y la Dirección General del Presupuesto", reguladoras de la elaboración de los planes sectoriales, sin cuyo cumplimiento no pueden incorporarse a la planeación general (art. 26, letra a, D. 1050/68);

5. Los Gerentes de las empresas están obligados (art. 27 letra b, D. 1050/68) a rendir a la oficina de planeación del ministerio al cual

están adscritos o vinculados, en la forma en que esa oficina lo determine, informe "sobre el estado de ejecución de los programas que corresponden al organismo", y al presidente de la República, deben presentar los informes generales o particulares que se les pidan", sobre las actividades desarrolladas, la situación general de la entidad y las medidas adoptadas que puedan afectar el curso de la política del Gobierno";

6. Además, en las juntas directivas de las empresas existen dos representantes directos del presidente de la República, quienes también están obligados a rendirle anualmente informe sobre las actividades y situación de las empresas (art. 28, D. 1050/68);

7. Igualmente están obligadas las empresas a presentar anualmente al ministerio que corresponda los proyectos de presupuesto y los planes de inversión, con el objeto de que los representantes de aquél puedan participar con la debida preparación en su debate y adopción (art. 11, D. 3130/68);

8. Un mecanismo de control de gran eficacia es el establecido en el artículo 12 del Decreto 3130 que se viene citando, en cuanto exige que en los estatutos de cada empresa se deben determinar los actos que por su importancia o su cuantía requieran para su validez el voto no solo favorable sino personal e indelegable del ministro que preside la respectiva junta directiva; modalidad tan radical que casi puede equipararse a una especie de control jerárquico, ya que excede los lineamientos tradicionales del control de tutela, al trasladar la potestad decisoria del ente descentralizado al órgano que le sirve de vínculo con la administración centralizada;

9. El decreto que se viene analizando, en su capítulo 6º, fija el régimen jurídico de los actos y contratos de las empresas, con una fórmula mixta, que corresponde a la distinta naturaleza de sus actuaciones. La regla es ésta: los actos y hechos que realicen en desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción común; en tanto que aquellos que efectúen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les hayan encomendado la ley que las organizó, es decir, aquellos en que no actúa por su intermedio el Estado como sujeto económico sino como titular del poder público, son actos administrativos y, por lo mismo, tienen los recursos gubernamentales pertinentes y el control de su legalidad compete a la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo (arts. 30 y 31, D. 3130/68);

10. Respecto de los contratos de las empresas, en principio, la ley no exige sujeción a las normas forzosas y usuales en los contratos administrativos del Gobierno, pudiendo estipular en condición igual a los particulares contratistas. Sin embargo, de conformidad con el Decreto 150 de 1976, que es el estatuto que rige los contratos de la administración, establece algunos controles excepcionales, semejantes a los establecidos para los contratos de derecho público, entre los cuales mencionaremos los siguientes: la revisión

de los que tengan por objeto la construcción de obras públicas practicada por el Consejo de Estado, la necesidad de registro y aprobación de la Dirección General del Presupuesto o su oficina delegada que es común a todos los contratos, y la autorización del Departamento Administrativo de Planeación y del Ministerio de Hacienda para los contratos de empréstito;

11. Cuando las empresas tienen el carácter de entidades bancarias o, en general, de establecimientos de crédito o compañías de seguros, paralelamente con la vigilancia fiscal que ejerce la Contraloría General de la República sobre todos los entes estatales, quedan sometidos a la supervigilancia especial de la Superintendencia Bancaria; la primera solo se refiere al recaudo, manejo e inversión de fondos públicos, en tanto que la segunda toca con la legalidad de las operaciones, sus aspectos técnicos, el interés de sus miembros, el de terceros que tienen relaciones con ellos y el interés social, esto es, ejercicio de la función de policía administrativa que está atribuida originalmente por la constitución al presidente de la República, en su condición de suprema autoridad administrativa, en los ordinales 14 y 15 del artículo 120, que dicen:

14. Ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado.

15. Ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes.

12. Asimismo, cuando las empresas toman la forma de sociedades comerciales de economía mixta, su gestión comercial está controlada por la Superintendencia de Sociedades, sin perjuicio del simultáneo control de la gestión fiscal art. 41, D. 3130/68);

13. De otra parte, por intermedio de la Secretaría de Organización e Inspección de la Administración Pública, creada por el Decreto 2814 de 1968, el presidente de la República puede ordenar visita de inspección técnica o administrativa de estos organismos, cuyas conclusiones y recomendaciones son de carácter confidencial. En ésta una modalidad de auto-control administrativo;

14. El personal de servidores que laboran en las empresas públicas, como todo el personal civil de la rama ejecutiva está sujeto en el ejercicio a un régimen disciplinario contenido en el Decreto 2400 de 1968, el cual se hace efectivo por el Ministerio Público, encabezado por la Procuraduría General de la Nación.

15. Adicionalmente, entre los controles administrativos existen los recursos de la vía gubernativa, denominados reposición y apelación, los cuales

operan cuando los actos de las empresas tienen el carácter de administrativos, es decir, excepcionalmente.

Como un mecanismo extraordinario de control se conoce la llamada "revoacción directa", la cual puede ser interpuesta en cualquier tiempo contra actos administrativos y ante la propia administración, ya por violación de la constitución o de la ley, pero también y esto es lo más interesante, por razones de interés social o porque el acto esté causando un "agravio injustificado".

Todos los recursos de la vía gubernativa como de revocación directa están regulados por el Decreto 2733 de 1959;

16. Un control, característico del intervencionismo es el de tarifas de servicios públicos. Está autorizado por la Ley 7ª de 1943. No ha operado continuamente, sino en períodos críticos, a veces más con criterio político que técnico-económico. Ese control estuvo centralizado, con el de precios de artículos esenciales o de amplio consumo, en la Superintendencia de Regulación Económica. Actualmente las tarifas y su variación para los servicios de acueducto, energía, teléfono, etc., son autorizados por una Junta de Tarifas, ubicada en el Departamento Administrativo de Planeación Nacional, mientras los de transportes en sus distintos sistemas se fijan por el Ministerio de Desarrollo (Decreto 3068 de 1968);

17. La Ley 155 de 1959 o "Ley anti-monopolios" y contra la competencia desleal o "prácticas restrictivas del comercio", es aplicada por la Superintendencia de Sociedades. Es una ley general que no contiene normas específicas sobre este tipo de situaciones entre empresas públicas;

18. Los presupuestos de las empresas deben ser elaborados, presentados y aprobados por el Congreso, como anexos a la ley anual de presupuesto, de acuerdo con las normas especiales de ley orgánica del mismo (D. 2904 de 1973), así como su ejecución; y

19. Al dar ampliación a las competencias excepcionales que se confieren al Gobierno en el artículo 122 de la constitución que permite implantar el "estado de emergencia económica y social", fue expedido el Decreto 1975 de 1974, según el cual se eliminaron las exenciones de impuestos de aduana y complementarios a las empresas, y de acuerdo con su artículo 2º son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios con el mismo régimen vigente para las sociedades anónimas, exceptuadas las que tengan a su cargo la prestación de servicios de energía, acueducto, alcantarillado, postales, telecomunicaciones y salud pública, mecanismo que introduce un control patrimonial y rentístico sobre los resultados de la respectiva gestión empresarial.

20. La designación de un delegado que vigile la ejecución de cada contrato, especialmente los de obras, significa un control técnico de gran importancia.

B. *Técnicas del control fiscal.* De conformidad con la Ley 20 de 1975 reorgánica de la Contraloría General de la República, el control fiscal que ella ejerce, en lo pertinente a este estudio, se aplica así:

1. El control sobre los organismos centralizados de la administración es integral, esto es, que comprende las tres modalidades de control previo, preceptivo y posterior, según las definiciones que trae la propia Ley;

2. En cuanto a los establecimientos públicos, el control fiscal es idéntico al de las dependencias citadas en el numeral anterior, método que es el lógico por tener aquellos establecimientos régimen de derecho público;

3. En lo tocante al control fiscal de las actividades de las empresas industriales y comerciales del Estado se ha prescindido, para facilitar sus operaciones, del control previo; de modo que se aplica sólo el posterior o financiero, de acuerdo con las modernas técnicas de auditoría y el giro especial de sus negocios. La Ley autoriza, sin embargo, que a solicitud de la junta directiva de la empresa o cuando se comprueben irregularidades, puedan establecerse controles previos. Uno y otro control son ejercidos por auditores delegados, nombrados directamente por el contralor general;

4. El control sobre empresas de economía mixta depende del monto del aporte estatal en la respectiva sociedad, con esta fórmula: Cuando ese aporte es igual o superior al 50% del capital social, la sociedad queda sometida al mismo régimen de control de las empresas comerciales e industriales del Estado, acabado de describir, en tanto que si dicho aporte representa una participación estatal inferior a dicho porcentaje, el control fiscal es ejercido por revisores fiscales elegidos por la asamblea de accionistas sobre listas de candidatos pasados por el contralor general, y ese control debe seguir las reglas señaladas por el Código de Comercio para las sociedades anónimas;

5. El control fiscal sobre las entidades estatales de carácter financiero, como los dedicados a las operaciones de crédito, las compañías de seguros y los almacenes generales de depósito, están sometidas al control operativo y financiero de la Contraloría, mediante visitas periódicas a las revisorías o a las auditorías internas de cada empresa, el análisis y aprobación de los estados financieros y la revisión de sus métodos de contabilidad, y

6. La Contraloría está autorizada para practicar euditoría externa y operativa en las empresas que ejecutan proyectos de desarrollo que hayan recibido financiación de organismos internacionales de crédito;

Para una mayor comprensión de lo expuesto antes, en el contexto de la ley colombiana, se entiende por "control posterior" la comprobación de las operaciones efectuadas sobre las respectivas cuentas y registros contables, para verificar su regulación jurídica y técnica; y es "control perceptivo" el referente a la comprobación de las existencias físicas de fondos, valores y

bienes, mediante su confrontación con los comprobantes, documentos y libros correspondientes.

C. Controles jurisdiccionales. Desde 1914, se organizó en Colombia la jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo, inspirada en el sistema francés, a cuya cabeza está el Consejo de Estado, además de que en cada departamento existe un tribunal de esta clase, de acuerdo con los artículos 136 a 141 de la constitución, jurisdicción que conoce, como lo prescribe el Código Civil Contencioso Administrativo, de las demandas sobre la legalidad de los actos, hechos y operaciones administrativas de las entidades administrativas nacionales, departamentales y municipales.

En consecuencia, cuando los entes de que se viene tratando actúan sujetándose a reglas de derecho público, es decir, desarrollan actividad administrativa, sus actuaciones están sujetas a los juicios de competencia de esta jurisdicción. Por el contrario cuando su actuación se rige por normas de derecho privado, sus controversias deben ser planeadas ante los jueces comunes, como ya se había indicado para los asuntos laborales.

Ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, a la cual no se puede acudir sin haber agotado previamente los procedimientos de reclamación gubernativa, se pueden ejercitar dos acciones: la de simple nulidad, con el objeto de que quede sin efecto una regulación o decisión administrativa de carácter particular o general, y la llamada acción de plena jurisdicción en la que se pretende no solo anular el acto que se trate sino, también el restablecimiento del derecho afectado, mediante el pago de la correspondiente indemnización del perjuicio sufrido.

Dentro de este procedimiento es posible solicitar la suspensión provisional del acto demandado, con el objeto de impedir su ejecución y el perjuicio grave que de ello resulte, institución que perfecciona el control de legalidad en el sistema colombiano.

Finalmente, debe anotarse que, en principio, es admisible la aplicación del arbitraje para la solución de controversias jurídicas de las empresas o para precaverlas, siempre y cuando que en el respectivo contrato se haya estipulado expresamente la denominada "cláusula compromisoria", ya que así lo exige el estatuto de contratación administrativa (D. 150 de 1975, art. 76, título XXXIII del Código de Procedimiento Civil). Se restringe la aplicación del arbitramento, pues solo es permitido pactarlo para que se falle en derecho y no en conciencia. Igualmente, de acuerdo con el estatuto citado, es posible convenir en los contratos el arbitraje técnico para dirimir en tal campo las diferencias de interpretación entre la administración y los contratantes, fórmula que tiene mayor aplicación en los contratos de obras públicas.

IV. Aspectos laborales

En grandes líneas, los problemas laborales de las empresas públicas se describen así, con base en el Decreto 3135 de 1968:

Los servidores de las empresas que tienen naturaleza de establecimientos públicos, son "empleados públicos" y se rigen lógicamente por un régimen de derecho público. Quienes ocupan cargos directivos y de confianza son de libre nombramiento y remoción, y los demás deben pertenecer a la carrera administrativa, lo cual asegura su estabilidad y promoción por méritos (D. 2400 de 1968). Por tanto, su vínculo con la administración es legal y reglamentario, establecido por un acto unilateral del Estado, el acto administrativo de nombramiento. Tanto su régimen salarial como el prestacional son señalados por la ley, ya que nunca les está reconocido el derecho de sindicalización, estos sindicatos no tienen capacidad de contratación colectiva y deben limitarse a presentar respetuosas peticiones a la administración. Ese régimen prestacional consta en el Decreto 3135 de 1968. Además, les está negado el derecho de huelga, puesto que el artículo 18 de la constitución dispone: "Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos. La ley reglamentará su ejercicio (inciso 2º, art. 20, Acto Legislativo N° 1 de 1936)".

Se exceptúan del régimen anterior, los trabajadores de las obras públicas, a quienes la ley confiere una relación contractual y un pleno derecho de sindicalización, comprensivo del de contratación y huelga. Asimismo, los "funcionarios de seguridad social" han adquirido un relativo poder de contratación colectiva que los diferencia de los empleados públicos típicos.

Por el contrario, los servidores de las empresas públicas cuando han adoptado la forma jurídica de empresas industriales y comerciales o de economía mixta, tienen la calidad de "trabajadores oficiales" (no de empleados públicos), lo cual implica que su relación laboral es de origen contractual y regido por normas de derecho privado, que son las mismas que se aplican a los trabajadores particulares y que están consignadas en el Código de Trabajo. Por consiguiente, y esta es una obvia consecuencia, sus controversias laborales deben ser sometidas al juzgamiento de la jurisdicción laboral ordinaria y por procedimiento común, en tanto que la de los empleados públicos de que se habló en el aparte anterior deben someter tales controversias a los tribunales contencioso-administrativos.

Asimismo, estos trabajadores oficiales tienen la posibilidad de la contratación colectiva de su régimen salarial y de sus condiciones de trabajo, pudiendo obtener un régimen prestacional distinto y más satisfactorio que el de los empleados públicos, que para ellos es apenas el mínimo legal.

También gozan de derecho de huelga, si los servicios que prestan no han sido declarados por la ley como de carácter público, previa la formulación

del pliego de peticiones, y el agotamiento de las etapas de arreglo directo y conciliación. La ley prevé la responsabilidad de imponer el arbitraje obligatorio, en ciertos casos en que la huelga afecta sectores vitales de la economía nacional, previo concepto de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia .

V. *Autonomía y prerrogativas*

Para dar una idea del ámbito de autonomía de las empresas, nada mejor que anunciar las competencias asignadas a sus organismos de dirección en los artículos 26 y 27 del Decreto 1050 de 1968. De acuerdo con estas disposiciones, a las juntas o consejos directivos les corresponde: formular la política general y los planes y programas, ciñéndose en sus sectores a los planes generales de desarrollo; adoptar y modificar los estatutos, sometidos a la aprobación del Gobierno; aprobar el presupuesto y controlar el funcionamiento del organismo.

Al gerente, le compete: dirigir, coordinar y vigilar el personal de la organización, la ejecución de sus programas, y como representante legal suscribir los actos y contratos que se requieran; rendir informes a la oficina de planeación del ministerio que corresponda y al presidente de la República sobre la marcha de la entidad.

Estas dos enumeraciones dejan en claro el carácter relativo de la autonomía de estos entes y la intensidad con que se ejerce sobre ellos el control de tutela.

A esto debe agregarse que, en cuanto al manejo de sus bienes y recursos, el artículo 37 del Decreto 3130 de 1968 prescribe que se hará "en cuanto la naturaleza de las respectivas funciones lo permitan", conforme a presupuestos que deben someterse en su elaboración, trámite y publicidad a las normas comunes sobre la materia.

En lo referente a prerrogativas o privilegios, el artículo 43 del decreto acabado de citar estatuye que los establecimientos públicos, "como órganos administrativos que son, gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación", y que las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta "tienen las prerrogativas y beneficios específicos que les reconocen las leyes, y los generales aplicables a esta clase de organismos", expresiones demasiado vagas que crean una zona de gran imprecisión interpretativa.

A manera de ejemplo de una de tales prerrogativas, podría citarse la contenida en el artículo 34 del Decreto 3130 mencionado, en tanto faculta a las empresas para que en sus contratos puedan pactarse en su favor el derecho a declarar administrativamente la caducidad, estipulación que implica ejercicio de poder público, en tanto es aplicación de una de las llamadas por

el derecho administrativo "cláusulas exorbitantes", modalidad que sustrae a tales contratos de su régimen de derecho privado pleno y, con lo cual, secundariamente, las controversias que a propósito de los mismos surjan son del conocimiento de la jurisdicción del contencioso-administrativo.

Otras ventajas que deben destacarse son las de orden económico consistentes en la atribución de monopolios estatales, como en el caso de explotación de hidrocarburos, y las de financiación mediante emisión de títulos respaldados por el Estado, o por suscripción forzosa de los contribuyentes.

VI. Conclusiones

Con base en los conceptos y descripciones, hechos anteriormente se puede concluir que:

1º El sistema legal colombiano de empresas públicas es flexible en cuanto al tipo de organización que puede adoptarse para constituirla, pues cabe darle el carácter tanto de establecimiento público, como de empresa industrial o comercial del Estado o de sociedad de economía mixta, esto es, cualquiera de las formas de descentralización administrativa por servicios y, más todavía, la asociación de los tipos anteriores en organismos descentralizados de segundo grado;

2º Como consecuencia de lo anterior, su régimen jurídico es también flexible, puesto que puede ser de derecho público o de derecho privado, o mixto, con prevalencia del derecho privado.

3º Los procedimientos de control de la actividad de la empresa son múltiples y complementarios, ya que se combina los políticos del Congreso, de origen constitucional, con los internos de la propia administración, los técnicos y numérico-legales de la fiscalización confiada a la Contraloría, como previos o posteriores, y los jurisdiccionales, así como los del Ministerio Público, relativos a la conducta oficial de sus directores y servidores, sometidos como están a la vigilancia y régimen disciplinario de la ley, sin que deban olvidarse los democráticos de la opinión pública;

4º Existe una legislación sistemática y unificada sobre esta materia en los distintos aspectos de su organización y funcionamiento, la cual consta en estatutos legales procedentes de la reforma administrativa efectuada en 1968 y de la constitución del mismo año;

5º Una falla operativa que crea confusión en el sector público en Colombia es la proveniente de la omisión del Congreso y del Gobierno al no haber dado oportuno y adecuado desarrollo a lo prescrito en el artículo 182, así: ". . .salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, determinará los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales (Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios) teniendo en cuenta la naturaleza, importancia y costo de los mismos, y señalará el

porcentaje de los ingresos ordinarios de la Nación que debe ser distribuido entre los Departamentos, las Intendencias y Comisarias y el Distrito Especial de Bogotá, para la atención de sus servicios y los de sus respectivos Municipios, conforme a los planes y programas que se establezcan". En tanto la ley no ha hecho la redistribución y asignación de servicios de modo que se defina cuáles son nacionales, cuáles departamentales y cuáles de cargo de los municipios, habrá duplicaciones innecesarias y costosas, dispersión de recursos, sectores geográficos y grupos de población no atendidos con los servicios, ausencia de planificación y programación conjunta o coordinadas, como lo impone un eficiente ordenamiento de la acción estatal;

6º Se advierte una forzosa inclinación a integrar empresas o a vincularlas contractualmente, por razones financieras y técnicas, tendencia que es preocupante por sus efectos centralizadores, al menos en el plano de las decisiones políticas y de planificación, aunque en algunos casos es conveniente la "nacionalización", es decir, el traspaso a la Nación de determinados servicios públicos; en el mismo sentido, ha de tenerse en mente la asociación de municipios y régimen de las áreas metropolitanas;

7º Se presenta una disparidad injustificada en los campos salarial y prestacional entre quienes trabajan en el sector de las empresas con régimen de derecho público y quienes laboran en empresas con régimen de derecho privado, pues a los primeros se les imponen sus condiciones económicas de retribución y seguridad social, sin discusión y sin que dispongan de mecanismos de negociación y presión, mientras que los otros pueden obtener condiciones mejores, iguales a las que existen entre los trabajadores de la empresa privada;

8º Se observa la ausencia de una regulación y amplificación de un sistema de control interno e integral de carácter económico y financiero o control de resultados y de crítica orientadora, proyectiva de las actividades de la empresa, como lo exigen las técnicas más avanzadas de la fiscalización, para sustituir y superar el método actual de verificación mecánica de operaciones u de cifras que no tiene ninguna consecuencia práctica, distinta a la constatación de una regularidad legal en la forma y en la cantidad de aquellas operaciones;

9º Es deseable una determinación legislativa exacta en lo relacionado con las ventajas de que deban gozar las empresas, cuando no tienen carácter de organismos de derecho público, pues a menos que sus operaciones tengan como objetivo suplir a la empresa privada o servir de mecanismos de intervención del Estado, su actividad económica, como industriales, como comerciantes o como entidades de servicios públicos, tienen que estar regidas por las mismas reglas y han de ser desarrolladas en igualdad de condiciones que las empresas particulares dedicadas a las mismas actividades, ya que lo contrario implicaría un desequilibrio injusto, una especie de "competencia

desleal", hecha la salvedad de los casos en que, por razones de seguridad económica y política, el monopolio estatal sea imperativo; y

10° En el fondo de esta cuestión en el caso colombiano, está pendiente el problema político constitucional de definir si ha sido conveniente la descentralización por servicios, desplazando los que prestaban las entidades territoriales tradicionales hacia las nuevas empresas autónomas, debilitando de esta manera la clásica descentralización geográfica, al sustraer a las entidades territoriales poder y recursos, y haciendo más compleja y de difícil coordinación y control el sector administrativo representado por esos entes descentralizados o, como lo sugirieron algunos, si es necesario pensar, más bien, en un "federalismo moderno". Con esta idea, existe un proyecto de constitución federal, preparada por expertos de Antioquía.

11° Pero, igualmente existe el problema político de determinar el tipo de régimen económico, hoy mixto. ¿Más estabilización? ¿Retorno a la iniciativa privada? ¿Articulación de lo privado y lo público?

A grandes trazos, con estos caracteres parece quedar tipificado en lo esencial el régimen jurídico actual de la empresa pública en Colombia, sus vacíos, sus zonas oscuras, y algunos de los problemas envueltos en las regulaciones vigentes.

Luis Carlos SÁCHICA*

* Director del Instituto de Derecho Público, Universidad del Rosario en Colombia.