



Tema de Ensayo:

Responsabilidad Disciplinaria de los Trabajadores en Misión en
Empresas Industriales y Comerciales del Estado

Autor: Viviana Andrea Gil Rodríguez

Programa: Especialización en Derecho Administrativo

Posgrados Facultad de Derecho

Bogotá, Junio de 2016

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS TRABAJADORES EN MISIÓN EN EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO¹

Viviana Andrea Gil Rodríguez²

Resumen

En la actualidad es claro que si las Empresas de Servicios Temporales incumplen obligaciones salariales, prestacionales o de seguridad social con alguno de sus trabajadores en misión que remiten a otra empresa, ese trabajador puede demandar a su empleador y vincular bajo el principio de solidaridad a la empresa usuaria del servicios, es decir, son evidentes las garantías con que cuentan los trabajadores en misión; sin embargo, poco es lo que se menciona sobre el régimen disciplinario al que se encuentran sometidos dichos trabajadores, motivo por el cual el presente artículo tiene como objetivo analizar dicho régimen disciplinario cuando los servicios son prestados a Empresas Industriales y Comerciales del Estado; desprendiéndose de lo anterior que mientras ejerzan funciones públicas, se encuentran sujetos a la norma disciplinaria contemplada en el ordenamiento jurídico interno. Conclusión a la que se llega a través del empleo de los métodos de investigación descriptivo y analítico de la legislación colombiana en materia disciplinaria así como lo expresado por la Corte Constitucional respecto al tratamiento jurídico adecuado que deben recibir quienes desempeñan funciones públicas dentro de las Empresas industriales y Comerciales del Estado.

Palabras clave

¹ Artículo de investigación producto de la investigación denominada “La responsabilidad disciplinaria de los trabajadores en misión que prestan sus servicios a Empresas Industriales y Comerciales del Estado”, que se presenta como requisito para obtener el título de Especialista en Derecho Administrativo.

² Abogada de la Universidad Militar Nueva Granada. Candidata a Especialista en Derecho Administrativo de la misma Universidad. Correo electrónico: vivianaandreaGil@gmail.com

Trabajadores en misión, empresa temporal, derecho disciplinario, sujeto disciplinable, empresas industriales y comerciales del Estado.

DISCIPLINARY LIABILITY OF WORKERS IN MISSION IN COMMERCIAL FIRMS AND STATE

Today it is clear that if the companies Temporary violate wage, benefits and services or social security obligations with some of its workers in mission that refer to another company, the worker can sue your employer and link on the principle of solidarity to the user company's services, so, there are clear guarantees that workers have a mission; however, little is mentioned about the disciplinary regime to which those workers are subject, why this article aims to analyze such disciplinary regime when services are rendered to Industrial and Commercial State; detaching from the foregoing that while exercising public functions, are subject to disciplinary rule laid down in domestic law. Conclusion is reached through the use of methods of descriptive and analytical research of Colombian law in disciplinary matters and expressed by the Constitutional Court regarding the appropriate legal treatment that should receive those who perform public functions within industrial companies Commercial and State.

Abstrac

Key words

In mission workers, temporary company, disciplinary law, subject disciplinable, industrial and commercial enterprises of the State.

Introducción

El artículo 97 de la *Ley 489 de 1998* precisa que las sociedades de economía mixta “desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial”, elemento que aporta una importante explicación acerca del régimen jurídico al que se somete la responsabilidad de sus servidores y de la exclusión de algunas de

ellas del conjunto de los sujetos que son disciplinables de conformidad con la *Ley 734 de 2002*.

Así las cosas, la responsabilidad exigida de acuerdo con las reglas del derecho privado a las que, por regla general se han sometido, tiene clara correspondencia con el objeto social de las sociedades de economía mixta que si bien cuentan con aportes de índole pública, están caracterizadas por el ánimo de lucro que persiguen los comercialmente asociados mediante el desarrollo de actividades industriales o comerciales que acercan al Estado o a sus entidades al ámbito propio de los particulares, hasta el punto de tornar recomendable la sujeción a un régimen de derecho privado.

Por lo anterior, la Corte Constitucional ha estimado que el legislador al determinar el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta, debe adoptar el modelo institucional adecuado teniendo en cuenta aspectos específicos como la actividad que se le asigne y dotar a la entidad del coherente régimen jurídico que permita a esta cumplir el objeto y finalidades asignadas por el propio legislador. Asevera el honorable tribunal que en la medida en que la sociedad de economía mixta posee particularidades dentro de las cuales no cabe el ejercicio de función administrativa (Sentencia C-338/2011), ya que según la ley debe cumplir actividades industriales y comerciales conforme al derecho privado, por tanto no es pertinente aludir a violación de aquellos principios propios de la función administrativa, dicho tratamiento, conlleva a la realización de la siguiente pregunta de problema: ¿Cuál es el alcance de la responsabilidad disciplinaria de los trabajadores vinculados en misión que prestan sus servicios a Entidades Industriales y Comerciales del Estado?

Para dar respuesta a la pregunta problema planteada, se abordarán los siguientes capítulos: primero, Regulación de las Empresas de Servicios Temporales; segundo, La responsabilidad disciplinaria; y, tercero, del régimen legal de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. De esta forma se

dará cumplimiento al objetivo planteado: determinar si la responsabilidad disciplinaria aplicable a los funcionarios públicos, puede ser aplicada a los trabajadores en misión contratados a través de empresas intermediarias, las cuales son las encargadas de dicho personal.

Por lo anterior, el método de investigación utilizado es el sistemático que se ocupa de ordenar los conocimientos de forma coherente, pues es claro que el derecho no se contempla únicamente al tenor literal de la ley, por lo tanto, para conocer y comprender el sentido y alcance de la responsabilidad disciplinaria de los trabajadores en misión será a través de una lectura conjunta de la ley y la jurisprudencia que permitirá valorar la totalidad del ordenamiento jurídico.

1. Regulación de las Empresas de Servicios Temporales.

En Colombia, las Empresas de Servicios Temporales (EST) tuvieron su origen en la década del 60 cuando funcionaban sin regulación específica, tanto que llegaron a confundirse con las denominadas agencias de colocación o empleo reglamentadas por el *Decreto 2676 de 1971*.

Con posterioridad a ello, mediante el *Decreto 1433 de 1983*, se estableció la naturaleza y características de la prestación del servicio temporal en Colombia, adquiriendo status legal con la *Ley 50 de 1990* de reforma laboral, advirtiéndose desde allí que las Empresas de Servicios Temporales son aquellas que prestan un servicio para ayudar de forma temporal o transitoria en el desarrollo de las actividades a una empresa, servicio que se presta mediante el envío de trabajadores en misión.

La *Ley 50 de 1990* en su artículo 77 de forma concreta establece que los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con las EST a través de trabajadores en misión en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el

artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo³; 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y, 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis meses prorrogable hasta por seis meses más.

En desarrollo de los lineamientos establecidos por la Ley 50, se expidieron los *Decretos Reglamentarios 1707 de julio de 1991*⁴, *024 de enero de 1998*⁵ y *el 503 de marzo de 1998*⁶, donde se define el alcance de la temporalidad al referirse a ésta como al servicio contratado por la empresa usuaria y no al contrato laboral de la Empresa de Servicios Temporales con sus trabajadores, de los cuales es su verdadero empleador, y por lo mismo, responde no sólo del pago de sus salarios sino de todas las prestaciones sociales, proporcional al tiempo laborado y demás prerrogativas que concede la legislación laboral a cualquier trabajador.

Ahora bien, mediante el *Decreto 4369 de 4 diciembre de 2006*, se actualizó la normatividad basada en criterios de protección socio-laboral, flexibilización de mercado de trabajo y descentralización de competencias del Ministerio de Protección Social, donde se reglamenta todo lo referente a las actividades de las Empresas de Servicios Temporales con fundamento en los pronunciamientos de las Altas Cortes y la reglamentación existente en aras de garantizar la protección de los trabajadores y su estabilidad laboral, además de actualizar algunos temas como el procedimiento para hacer efectivas las pólizas de garantía y la actualización de sus montos.

³Trabajo Ocasional. Trabajo ocasional, accidental o transitorio, es el de corta duración y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del empleador (artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo).

⁴ Por el cual se reglamentan los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990.

⁵ Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las empresas de servicios temporales.

⁶ Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 0024 del 6 de enero de 1998, que reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales.

De esta forma, es importante destacar el pronunciamiento de la Corte Constitucional acerca de la temporalidad, enfatizando en el objetivo del texto del artículo 77 de la *Ley 50 de 1990* en Sentencia C-330/1995 cuando especificó que

La finalidad de la norma es la protección de los trabajadores, para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales, haciendo a un lado los permanentes. El fijar en el caso de este numeral un término mínimo de seis meses, prorrogable hasta por seis (6) meses más, es, precisamente, la protección del trabajador permanente. Si la empresa quiere incrementar su producción permanentemente, no podrá seguir este camino.

En este sentido, la normatividad establecida no permite que la temporalidad se utilice como una constante ni como estrategia de sustitución de empleados a término indefinido por temporales, toda vez que el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006 es claro en definir los casos en que las empresas usuarias pueden contratar con las temporales. Igualmente, se debe hacer alusión a la sentencia del 22 de febrero de 2006, de la Sala de Casación Laboral, Ponencia del Magistrado Carlos Isaac Náder, que se convierte en un hito para las relaciones laborales. Efectivamente, debe resaltarse que la Corte hace énfasis en señalar que el exceso en la contratación por contrato a término fijo, superando la prórroga adicional de seis meses, convierte el usuario de la empresa en patrón y a la empresa de servicios temporales en solidario de una relación laboral a término indefinido. De la misma manera, toda empresa de servicio temporal debe estar autorizada por el Ministerio de la Protección Social para no caer en actividades ilícitas, como lo establece la sentencia en mención:

Por lo anterior, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales, tanto al usuario como a quien ya se ha convertido en verdadero intermediario.

2. La responsabilidad disciplinaria.

Desde la perspectiva de Kelsen la responsabilidad es vista como la reacción del ordenamiento jurídico ante la infracción de una norma por parte de un sujeto cuando se dan unas determinadas condiciones establecidas por el ordenamiento en cuestión, es decir, parte de la realización de una conducta que determinado ordenamiento jurídico considera indeseable. Por tanto, al ser considerado este actuar como no deseable, la responsabilidad como reacción de la ley expresa un reproche jurídico que se evidencia en la sanción, ya sea penal o civil. Así pues, esta concepción de responsabilidad se caracteriza por ver en la imputación de responsabilidad una reacción del derecho contra una actuación que considera reprobable jurídicamente (Kelsen, 1960, p. 137).

Resulta trascendental ahora hacer referencia al contenido del derecho disciplinario que puede concebirse como la forma jurídica de regular el servicio público, entendiéndose éste como la organización política y de servicio, y el comportamiento disciplinario del servidor público en el que se establecen derechos, deberes, obligaciones, mandatos, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, así como las sanciones y procedimientos, respecto de quienes ocupan cargos públicos. Por tanto, el derecho disciplinario constituye un derecho-deber que comprende el conjunto de normas, sustanciales y procedimentales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo.

En Sentencia C-030 de 2012, el honorable tribunal constitucional afirma que la finalidad del derecho disciplinario es la de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos, y es precisamente allí en donde se encuentra el fundamento para la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos o de los particulares que ejercen funciones públicas, en los términos previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que resulten aplicables.

En Colombia, la Corte Constitucional se ha referido de manera reiterada a la potestad sancionadora en el derecho disciplinario, que hace parte del *ius puniendi* del Estado, conjuntamente con el derecho penal, el derecho contravencional y el derecho correccional (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-818 de 2005). El ámbito disciplinario hace parte del denominado derecho administrativo sancionador y se refiere a “un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-1161 de 2000; C-1112 de 2000).

Conforme a lo anterior, bien encontramos que el contenido del *ius puniendi* de la Administración comprende una potestad correctiva y una disciplinaria⁷ (Ortiz, 1979, p. 53). Así, la primera está dirigida a sancionar a los particulares que infringen las leyes y reglamentos que regulan el ejercicio de la gestión administrativa, mientras que la segunda, tiene como función mantener el cumplimiento fiel de los deberes que corresponden al funcionario público (Ortiz, 1979, p. 63-65).

En este mismo sentido se ha admitido también que,

(...) el derecho administrativo disciplinario tiene una doble naturaleza – administrativa y sancionadora -, se nutre de los principios del derecho administrativo del cual hace parte y por sus características utiliza algunas instituciones del derecho sancionador o punitivo y a agrega que no puede predicarse, entonces, la autonomía del derecho administrativo disciplinario en relación con el derecho administrativo general. (...) En cambio es autónomo en relación al derecho penal (Rodríguez, 1985, p. 29).

⁷ La potestad disciplinaria y la correctiva se diferencian en cuanto la primera, porque sanciona para mantener el buen funcionamiento de una relación especial de la administración con el particular, en beneficio de ambas partes; mientras que la segunda sanciona para mantener exclusivamente el interés colectivo o del Estado por encima del interés privado, aún si ello ocurre dentro de una relación concreta.

De igual forma, autores como Ramos Acevedo coinciden en señalar que el derecho disciplinario es de naturaleza administrativa al decir que es una especie del genero administrativo, cabe precisarla como aquella parte que se refiere a las labores que debe cumplir el servidor público, el particular o el notario, cuando ejerzan funciones públicas (Ramos, 2003, p. 24).

En palabras de Gómez Pavajeau (2004, p. 87), se encuentran otros autores que asimilan el derecho disciplinario al administrativo, mientras que otros terminan por encuadrarse en el sector de la doctrina que lo considera como de naturaleza penal, como es el caso de Parra Gutiérrez, de quien se afirma que a pesar de que identifica al derecho disciplinario como de naturaleza administrativa, sólo justifica este señalamiento desde el punto de vista del control jurisdiccional de la actividad pero importa acríticamente teorías dogmáticas del derecho penal al hablar de la legalidad de las faltas y las sanciones, de las causales de justificación y de inculpabilidad que no son otras que las del código penal, reconociendo la existencia de la regulación de bienes jurídicos, mientras que los conceptos de dolo y culpa son tratados en forma igual a como sucede en el derecho penal (Parra, 1997, p. 11-16).

Por tanto, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en afirmar que la potestad sancionadora de la administración se justifica en cuanto se orienta a permitir la consecución de los fines del Estado, a través de

(...) otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal (C.P. arts. 1°, 2°, 4° y 16) (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-818 de 2005).

Así, la potestad sancionadora es una característica esencial de la administración y una función que es necesaria para el adecuado cumplimiento de los fines de nivel superior (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-214 de 1994).

En el ámbito específico del derecho disciplinario, la potestad sancionadora de la administración se concreta en la facultad que se le atribuye a los entes públicos de imponer sanciones a sus propios funcionarios, y su fundamento constitucional se encuentra en múltiples normas de orden superior, tales como los artículos 1º, 2º, 6º, 92, 122, 123, 124, 125, 150-2, 209 y 277 de la Carta Política.

Así, los artículos 6º y 123 de la Carta Política, consagran que todos los servidores públicos, sin excepción, son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución, la ley y los reglamentos y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. El artículo 92 Superior prevé que cualquier persona podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas. Por su parte, el artículo 122 Superior establece que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y que el servidor público no puede entrar a ejercer el cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Los artículos 124 y 150-2 de la Carta le atribuyen al Legislador la competencia para determinar la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. Esta facultad otorgada al Legislador es ejercida mediante la expedición de estatutos disciplinarios de carácter general y de estatutos especiales autorizados por la propia Constitución Política. El artículo 125 Superior prevé que el retiro de los servidores públicos se hará, entre otras causas, por violación del régimen disciplinario.

El artículo 209 Superior dispone que la función administrativa se encuentra al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de moralidad, igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, y que las autoridades deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado y que la administración tendrá un control interno conforme a la ley. Y finalmente, el artículo 277 numerales 5 y 6, disponen que el Procurador General de la Nación ejercerá, entre otras funciones, el velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas y ejercer vigilancia superior sobre la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, como también ejercer preferentemente el poder disciplinario, adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las sanciones respectivas conforme a la ley (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-504 de 2007).

El marco jurídico del control disciplinario actualmente está confinado por la *Ley 734 de 2002*, el cual recae sobre los servidores públicos o los particulares que cumplan funciones públicas o labores de interventoría en los contratos estatales. Por lo tanto, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo en que se haya celebrado y ejecutado un acto administrativo, al servidor público se le aplicará lo establecido en los artículos 42 , 43 y 44 y subsiguientes de la *Ley 734 de 2002*, de acuerdo a la responsabilidad desligada por sus actuaciones en la ejecución del contrato; mientras que, en lo que respecta a las entidades del sector privado, cada empresa puede incluir en su lo reglamento interno, los actos y hechos sancionables, lo mismo que las sanciones, y los procedimientos a seguir para su aplicación.

La ley 734 de 5 de febrero de 2002 en su artículo 53 consagra quienes son los sujetos disciplinables así:

El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que

tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.

Sobre el particular, la Corte en Sentencia C -338 de 2011 determinó que la exclusión de las sociedades de economía mixta regidas por el derecho privado, de la aplicación del régimen disciplinario previsto en la *Ley 734 de 2002*, no resulta contraria al artículo 123 de la Constitución Política.

Lo anterior teniendo en cuenta que si bien la participación de particulares en la composición accionaria y la ejecución de actividades comerciales en pie de igualdad con las sociedades privadas, no excluye a las sociedades de economía mixta de la estructura del Estado, el criterio esencial para determinar si un particular puede ser sujeto o no del control disciplinario, lo constituye el hecho de que este cumpla o no funciones públicas, es decir, el control o la potestad disciplinaria fue reservada por el constituyente para quienes cumplan de manera permanente o transitoria funciones públicas.

3. Del régimen legal de las Empresas industriales y comerciales del Estado.

El *Decreto 1050 de 1968* y la *Ley 489 de 1998*, define a Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado como “*Organismos creados por la ley o autorizados por esta, 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...*” (Ley 489 de 1998, 1998, art. 89), concebidas durante la reforma constitucional que se llevó a cabo en Colombia en el año de 1968 por el gobierno de Carlos Lleras Restrepo, quien pretendió modernizar en ese momento la Administración Pública de Colombia (Vidal, 2004).

Y es que no se pueden desconocer las implicaciones que en esta materia y en materia económica trajo dicha reforma; en efecto:

Fue una de las reformas administrativas más importantes... 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 general, y de las clases proletarias en particular. Para el efecto, el Estado asumiría de manera directa, aunque no exclusiva, la producción, la distribución y el uso de algunos bienes y servicios” (Morelli, 1998).

Entretanto, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, son aquellas entidades creadas por la ley que desarrollan actividades industriales y comerciales, conforme a las normas del derecho privado; tienen personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio; a pesar de que sus actividades están regidas por las normas del derecho privado, se hallan vinculadas a la administración pública, y sujetas por tanto a su orientación, coordinación y control. En este orden de ideas, las personas que prestan servicios a tales empresas se han denominado trabajadores oficiales, vinculadas a ellas mediante contrato de trabajo, excluyéndose por supuesto, las personas que desempeñan cargos de dirección o de confianza dentro de ellas, a quienes la ley los considera como empleados públicos.

De conformidad con lo establecido en el último inciso del artículo 115 de la Constitución Política, las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la rama ejecutiva, estando regulada su creación en el nivel territorial en los artículos 300 numeral 7 y 313 numeral 6 de la Constitución Política; allí prescriben que las asambleas departamentales por medio de ordenanzas, tienen

la atribución de crear los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del departamento a iniciativa del gobernador y los concejos municipales, la de crear a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales.

La *Ley 489 de 1989* que constituye el Estatuto de la Administración Pública, establece la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional y en aspectos relacionados a las entidades descentralizadas, extiende su campo de aplicación a nivel territorial en lo atinente a los actos de creación, régimen jurídico y características. Así las cosas, el párrafo del artículo 2° preceptúa lo siguiente:

Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la administración pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política.

El inciso tercero del artículo 68 dispone:

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos; y el párrafo 1° del artículo 68 establece: De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

En cuanto al acto de su creación, el artículo 69 establece que las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en, el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo o con su

autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente ley, siendo claro el mandato en establecer que el proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política.

Puntualmente, en relación con los elementos constitutivos de las empresas industriales y comerciales del Estado, el artículo 85 de la ley 489 de 1998 prescribe:

Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley,

Y que reúnen las siguientes características: personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y 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 contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por las Constitución; motivo por el cual, Carlos Mario Molina Betancur afirma que

(...) aparte de la dispersión normativa en materia de contratación pública, nos encontramos que una gran parte está también regulada por el derecho privado, lo que convierte el régimen jurídico de los contratos estatales en un régimen de carácter mixto que mezcla estrechamente el derecho público con el privado (Molina, 2009, p. 730).

Es decir, por un lado es posible que la aplicación de ese régimen público obedezca a las dificultades que en la “vida real” se presentan para “identificar actos privados en el giro de los negocios que le son propios a estas empresas” (Herrera, 2001, p. 104), siendo posible la incursión de los funcionarios públicos de verse inmersos en procesos disciplinarios, penales o fiscales como consecuencia

de la utilización del régimen privado bajo lo establecido en el artículo 13 de la *Ley 1150 de 2007* que ordenó la observancia de los principios de la función administrativa y de la gestión.

A las empresas industriales y comerciales del Estado y a 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 y 7, y 183 de la *Ley 142 de 1994*.

Frente a la autonomía administrativa y financiera de las empresas industriales y comerciales el artículo 86 establece que se ejercerá conforme a los actos que las rigen; en el cumplimiento de sus actividades, se ceñirán a la ley o norma que las creó o autorizó y a sus estatutos internos; no podrán destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en la ley o en sus estatutos internos; podrán ejecutar y desarrollar todos aquellos actos que sean necesarios para el cumplimiento del objeto asignado.

En relación con el régimen de los actos y contratos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su objeto social, el artículo 93 de la misma ley, prescribe que éstos se sujetarán a las disposiciones del derecho privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación.

En materia presupuestal las empresas industriales y comerciales del Estado deben regirse por el *Decreto 115 de 1999*.

De lo expuesto, se colige que el régimen aplicable a los actos expedidos por las empresas industriales y comerciales del estado en desarrollo de su objeto social, es el derecho privado; los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto social deben supeditarse al procedimiento establecido en el Estatuto de Contratación (*Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, Decretos 2474 de 2008, 2025 de*

2009, 3576 de 2009, entre otros) y en materia presupuestal deben ceñirse a los procedimientos establecidos en el *Decreto 115 de 1996*.

Conclusión

Al mismo tiempo, precisamente en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 de la Constitución, los empleados y trabajadores de las sociedades de economía mixta son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas clases de trabajadores, razón por la cual es preciso analizar cada caso específico para determinar cuál es el régimen de los respectivos servidores o trabajadores, sin generalizar una conclusión y pretender derivar de ella una posición absoluta.

En el caso particular, la Corte en Sentencia C -338 de 2011 es enfática en aseverar que el mismo artículo 53 de la *Ley 734 de 2002* advierte sobre la existencia de excepciones, pues al dejar a salvo del régimen disciplinario a las sociedades de economía mixta “que se rijan por el derecho privado”, permite inferir que hay otras entidades de este tipo que no se rigen por el derecho privado, lo que tiene respaldo en el artículo 124 de la Carta, el cual confiere al legislador la determinación de la responsabilidad de los servidores públicos “y la manera de hacerla efectiva”.

De esta forma, el legislador puede establecer salvedades a las reglas de derecho privado que rigen a las sociedades de economía mixta. Así, el artículo 97 de la *Ley 489 de 1998*, tras señalar que estas sociedades desarrollan sus actividades conforme a las reglas del derecho privado, agrega “salvo las excepciones que consagre la ley”; así, en igual sentido, el artículo 461 del Código de Comercio establece que las sociedades de economía mixta, se sujetan a las reglas del derecho privado y la jurisdicción ordinaria, “salvo disposición legal en contrario”. A su vez, el parágrafo del artículo 97 de la *Ley 489 de 1998* establece una excepción al señalar que el régimen de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la nación, de entidades territoriales y de

entidades descentralizadas, sea igual o superior al 90% del capital social, es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

De lo anterior, se puede inferir que los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de las sociedades de economía mixta en las que la nación o sus entidades posea el 90% o más de su capital social, se someten al régimen e inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades previstas en el *Decreto 128 de 1976* y demás normas concordantes, régimen que tiene fundamento en el artículo 210 de la Constitución, pues allí faculta al legislador para establecer la responsabilidad de los presidentes, directores o gerentes de las entidades descentralizadas, de manera que al ejercer esa competencia, bien puede prever diferencias fundadas en el porcentaje de capital público presente en dichas entidades.

Lo anterior resulta importante y trascendental para que cada una de las funciones públicas sea realizada de la forma más expedita conforme lo estipula el artículo 209 de la Constitución Política colombiana, conforme la aplicación de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, es decir, el régimen disciplinario bajo el cual se regula la labor de los trabajadores en misión, promueve dentro de las empresas el correcto cumplimiento de las tareas que la constitución y la ley les han impuesto en procura siempre de la materialización de los fines esenciales del Estado, estipulados en el preámbulo constitucional y en el artículo 2 del mismo documento.

Bibliografía

Congreso de la Republica de Colombia. (28 de diciembre de 1990). Ley 50 de 1990. *Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.*

- . (28 de octubre de 1993). Leyes 80 de 1993. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.*
- . (15 de enero de 1996). 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.*
- . (29 de diciembre de 1998). Ley 489 de 1998. *Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.*
- . (5 de febrero de 2002). Ley 734 de 2002. *Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.*
- . (16 de julio de 2007). Ley 1150 de 2007. *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.*
- Corte Constitucional de Colombia. (28 de abril de 1994). Sentencia C-214 de 1994. MP: Antonio Barrera Carbonell.
- . (29 de julio de 1995). Sentencia C-330 de 1995. MP: Jorge Arango Mejía.
- . (6 de septiembre de 2000). Sentencia C-1161 de 2000. MP: Alejandro Martínez Caballero.
- . (24 de agosto de 2000). Sentencia C-1112 de 2000. MP: Carlos Gaviria Díaz.

- . (9 de agosto de 2005). Sentencia C-818 de 2005. MP: Rodrigo Escobar Gil.
- . (4 de julio de 2007). Sentencia C-504 de 2007. MP: Clara Inés Vargas Hernández.
- . (1 de noviembre de 2011). Sentencia C -338 de 2011. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- . (9 de mayo de 2012). Sentencia C-030 de 2012. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Gomez Pavajeau, C. A. (2004). Dogmática del Derecho Disciplinario. Editorial Universidad Externado de Colombia: Tercera Edición.
- Herrera, A. (2001). Régimen Jurídico de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Revista de Derecho, 97 - 115.
- Kelsen, H. (1960). Teoría pura del Derecho. Porrúa S.A., México, D.F.
- Molina, C. M. (2009). La Contratación Estatal: Entre Derecho Público y Privado. En Los Contratos en el Derecho Privado. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Morelli, S. (1998). Panorama constitucional de la Administración Pública en Colombia. Revista Iberoamericana de Administración Pública (1), 101.
- Ortiz Ortiz, E. (1979). Derecho Administrativo. Facultad de Derecho: Universidad de Costa Rica, San José.
- Parra Gutiérrez, W. R. (1997). Derecho Administrativo Disciplinario. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Presidente de la República de Colombia. (31 de diciembre de 1971). Decreto 2676 de 1971. *Por el cual se reglamenta el Decreto 2318 de 1953, y se regula el*

funcionamiento de los servicios o agencias lucrativas particulares de colocación o empleo.

- . (26 de enero de 1976). Decreto 128 de 1976. *Por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas.*
- . (4 de julio de 1991). Decreto Reglamentario 1707 de 1991. *Por el cual se reglamentan los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990.*---. (6 de enero de 1998). Decreto Reglamentario 024 de 1998. *Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las empresas de servicios temporales.*
- . (13 de marzo de 1998). Decreto Reglamentario 503 de 1998. *Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 0024 del 6 de enero de 1998, que reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales.*
- . (4 diciembre de 2006). Decreto 4369 de 2006. *Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones.*
- . (7 de julio de 2008). Decreto 2474 de 2008. *Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.*
- . (3 de junio de 2009). Decreto 2025 de 2009. *Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y se dictan otras disposiciones.*
- . (17 de septiembre de 2009). Decreto 3576 de 2009. *Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y el Decreto 2025 de 2009.*

Ramos Acevedo, J. (2003). Derecho Administrativo Disciplinario. Editorial Leyer: Primera Edición.

Rodríguez Rodríguez, G. H. (1985). Derecho Administrativo Disciplinario. Editorial Librería del Profesional: Primera Edición.

Vidal, J. (2004). Reforma Administrativa de 1968: Antecedentes, Teoría de la Organización y Funcionamiento, sus principales consecuencias. Universitas, 317-334.