



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., once (11) de junio de dos mil veinte (2020)

CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Radicación:	11001 0324 000 2011 00437 00
Acción:	NULIDAD
Demandantes:	BETSY ROCÍO VALENCIA CASAS Y OTROS
Demandados: Tema:	MINISTERIO DE COMUNICACIONES Y OTROS CONSTITUCIÓN DE FILIALES DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. EL ACTO ACUSADO FUE EXPEDIDO POR EL GOBIERNO NACIONAL EN EJERCICIO DE LA FACULTAD PREVISTA EN EL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 49 DE LA LEY 489 DE 1998.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala decide, en única instancia, la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (en adelante CCA), presentaron los ciudadanos Betsy Rocío Valencia Casas y otros para efectos de que esta jurisdicción declare la nulidad del **Decreto 4310 de 25 de noviembre de 2005**, expedido por el Gobierno Nacional.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- La demanda

I.1.1.- Las pretensiones

Los ciudadanos Betsy Rocío Valencia Casas, María Yaneth Herrera Agudelo, Gerardo Serna Guisado, Luis Alirio Escobar Galvis, Alfredo Poveda Benavides, Gloria Emilsen Rueda Rodríguez, Édgar Jiménez Gómez, Luis Fernando Zuluaga Muñoz, Diana Cristina Orrego Jiménez, Édgar Osorio Osorio, Jhon Jairo Valencia Arango, Miguel Ángel Arrieta Román, Jhon Jairo López González, Hugo Armando Henao Ramos, Ramiro Duque Duque, Nebardo López, Dora Ligia Gallego Cárdenas, José Leonidas Mazo Chanci, Jhoni de la Cruz Pineda, Orlando de Jesús Oquendo Jácome, Jhon Jairo Cadavid Lopera, Jaime Ignacio Ortiz García, Dora Isabel Villa Rave, Rafael Restrepo Zapata, Mauricio Atehortúa, Aurelio Sosa Serna, Carlos Alberto Mesa Catalán, Víctor Hugo Echeverry Higueta, Pedro Nel Cortés Hoyos, Carlos Mario Montoya Restrepo, Diego Andrés Bernal Espinal, Alba Mer Gómez Arango, Claudia Patricia Morelo Zúñiga y Marcial Mosquera Moreno, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del CCA, presentaron demanda ante esta jurisdicción con el fin de que se hiciera la siguiente declaración:

“[...] Esta flagrante violación de la Constitución, lleva necesariamente a concluir que cualquier acto que se expida sin consideración a la expresa facultad que la constitución otorgó al Congreso es nulo de nulidad absoluta y así se deberá declarar”.

I.1.1.- Los hechos que sustentan la demanda

Las razones que sirven de sustento a la demanda están asociadas, por un lado, a la expedición del Decreto 4310 de 25 de noviembre de 2005, mediante el cual se autorizó a la Administración Postal Nacional -ADPOSTAL- a constituir una sociedad filial a dicha empresa industrial y comercial del Estado y, de otro lado, la citación en apoyo a su tesis, del concepto 1844 de 22 de octubre de 2007 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con el fin de demostrar que la creación de las entidades a que hace referencia el parágrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998, es decir, las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado requieren dos requisitos: de un lado, la autorización que debe provenir de una ley o estar autorizado para ello. La segunda, es la autorización del Gobierno Nacional a cada entidad participante para formar parte de tal sociedad.

I.1.2.- Fundamentos de derecho y concepto de la violación

Los actores consideraron que el Gobierno Nacional al expedir el **Decreto 4310 de 25 de noviembre de 2005 “Por el cual se otorga una autorización”**, quebrantó los artículos 4°, 150 (numeral 7°), 189 (numerales 10 y 16) de la Constitución Política y; 49 (parágrafo) y 94 (numeral 3°) de la Ley 489 de 1998. La demanda se sustentó en la configuración de los cargos de nulidad por falta de competencia y usurpación de funciones, falsa motivación y desviación de poder, tal y como pasa a explicarse a continuación:

(i).- Falta de competencia del Gobierno Nacional y usurpación de funciones

Sostuvieron que el acto acusado fue expedido transgrediendo lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, pues en su sentir “(...) el Presidente de la República ignora la prelación de la Carta Constitucional sobre las leyes y sobre los actos administrativos que están sujetos en un todo a las prescripciones superiores y sin hacer un ejercicio arbitrario”.

Manifestaron que, de conformidad con el numeral 7° del artículo 150 de la Carta Política, le corresponde al Congreso de la República autorizar la constitución de una empresa industrial y

comercial del Estado, cualquiera que sea su modalidad.

Al mismo tiempo, afirmaron que el Presidente de la República desconoció los numerales 10 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política, “(...) en cuanto modificó la estructura del Estado careciendo de facultades para organizarlo”.

Indicaron que, según el párrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998, las empresas industriales y comerciales del Estado “[...] podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma”. A renglón seguido, manifestaron que el párrafo del citado artículo dispone que las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado se “[...] constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley”. Y señalaron que “(...) en ese mismo artículo se determina de manera clara e inequívoca que las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado se crean por ley o con autorización de la misma, lo cual no ocurrió”.

Precisaron que el acto acusado, desconoció, además lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, pues para poder crear una filial de una empresa industrial y comercial del Estado es necesaria la existencia de una ley que ordene la creación de la nueva empresa o, simplemente, de una ley antecedente con facultades expresas al Presidente de la República para autorizar su constitución.

Luego, entonces, para los demandantes el Gobierno Nacional carecía de competencia para crear una filial de una empresa industrial y comercial del Estado, pues dicha función es privativa del Congreso de la República.

(ii).- Falsa motivación

Para fundamentar dicho cargo, los actores insistieron nuevamente en que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4310 de 25 de noviembre de 2005, sin que existiera “(...) Ley de la República que autorice la creación de una filial de una empresa o Ley de autorización expresa al Presidente de la República con facultad pro tempore para determinar la creación de tal empresa como filial Ad Postal”. Adicionalmente, sostuvieron que “(...) Si el Presidente hubiera tenido las facultades para expedir tal norma, el preámbulo de tal Decreto ha debido contener el número de la Ley que dio origen a la creación de la empresa por parte del Congreso o el número de la Ley que otorgó expresas facultades al Presidente para crear este tipo de entidades y modificar así la Estructura de la Administración Nacional”.

(iii).- Desviación de poder

Los actores alegaron que “(...) Nos encontramos entonces ante la clásica Desviación de Poder o falsa motivación por parte de la máxima autoridad administrativa de la Nación, quien no (cuenta) con asesores que le indiquen o señalen el debido camino para ejercer funciones dentro del orden de legalidad que corresponde a su alta investidura”.

I.2.- La contestación de la demanda por parte de las entidades públicas demandadas

I.2.1.- Contestación de la demanda por parte del Ministerio de Tecnologías y las Comunicaciones

El Ministerio de las Tecnologías y las Comunicaciones, por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda y solicitó a esta Corporación declarar ajustado al ordenamiento jurídico el Decreto 4310 de 25 de noviembre de 2005.

Observó que el acto demandado es claro en indicar que su fundamento normativo es el párrafo

del artículo 49 de la Ley 489 de 1998 y, al mismo tiempo señala que la autorización requerida para la constitución de sociedades filiales de una empresa industrial y comercial del Estado se ejercería de acuerdo con la misma norma.

Expresó que, con ocasión de la expedición del acto administrativo demandado, mediante escritura pública nro. 2428 de 25 de noviembre de 2005 de la Notaría Cincuenta (50) del Círculo de Bogotá D.C., fue creada la sociedad filial de la Administración Postal Nacional -ADPOSTAL-, con el nombre de Servicios Postales Nacionales S.A., identificada con el NIT No. 900.062-917-9 bajo la modalidad de sociedad anónima con autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal que ejerce sus actividades dentro del ámbito del derecho privado.

Puso de presente que “(...) es claro que el Decreto 4310 de 2005, fue expedido por el Presidente de la República de conformidad con la Ley 489 de 1998, al decretar la autorización previa requerida para la constitución de la empresa filial”.

Anotó que el artículo 2° (numeral 7°) del Decreto 2124 de 199–, autorizó a la Administración Postal Nacional -ADPOSTAL- para promover, constituir, organizar y participar en sociedades e instituciones que desarrollen actividades afines o complementarias a las de dicha empresa.

En síntesis, en criterio de la cartera de comunicaciones y tecnologías, el acto demandado se ajusta a lo establecido en el párrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998, pues a través del mismo el Gobierno Nacional confirió autorización a la Administración Postal Nacional -ADPOSTAL- para que participara en la creación de una empresa filial “(...) cuyo objeto es afín a los objetivos de dicha empresa industrial y comercial del Estado”.

I.2.2.- Contestación de la demanda por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por conducto de apoderado judicial contestó la demanda, para lo cual realizó las siguientes precisiones:

Reseñó que la facultad para constituir filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado, entre otras, debe hacerse conforme a las normas contenidas en la Ley 489 de 1998, pues al tenor literal del párrafo del artículo 49 ibídem “[...] se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley” a lo que se suma que la citada norma supeditó la constitución de las entidades enlistadas en ella a la autorización previa del Gobierno Nacional cuando se trate de entidades del orden nacional.

Puso de presente que, según lo dispone el artículo 5° de la Ley 489 de 1998, las entidades administrativas solo pueden ejercer las potestades y atribuciones conferidas de manera directa respecto de los asuntos expresamente asignados por la ley, la ordenanza, el acuerdo o el reglamento ejecutivo, lo cual constituye una manifestación del principio de legalidad de los actos administrativos previsto en el artículo 29 de la Carta Política.

Anotó que, en observancia estricta al principio de legalidad, el Gobierno Nacional prevalido de la facultad expresa contenida en el párrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998, confirió una autorización a la Administración Postal Nacional -ADPOSTAL- para constituir una sociedad filial a dicha empresa industrial y comercial del Estado, conforme se desprende de la lectura del artículo 1° del citado acto. Además, agregó que el artículo 2° del acto acusado dispuso que la referida autorización debía realizarse con sujeción a la Ley 489 de 1998 y las demás normas legales que la reformen o complementen.

Finalmente, explicó que el numeral 7° del artículo 2° del Decreto 2124 de 1992 autorizó a la Administración Postal Nacional -ADPOSTAL- para constituir sociedades e instituciones que desarrollen actividades afines o complementarias a dicha empresa.

I.2.3.- Contestación de la demanda por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-

El Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, por conducto de apoderada judicial contestó la demanda. Como fundamento de su intervención expresó, en resumen, lo siguiente:

En primer término, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa en tanto que no es la entidad llamada a responder por la expedición del acto acusado. Aunado a lo anterior, señaló que no se vinculó al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por lo que “(...) la demanda debió ser inadmitida para su consecuente corrección al no estar debidamente integrada en la parte pasiva de la contienda procesal”.

En relación con el cargo de falta de competencia anotó que el parágrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998, otorgó la facultad al Presidente de la República para autorizar la creación de filiales de una empresa industrial y comercial del Estado, por lo que no era necesaria la promulgación de una ley nueva que reiterara las facultades ya otorgadas por la citada norma. Por tal razón, precisó que no resulta cierta la afirmación hecha por los actores cuando señalan que el Gobierno Nacional ejerció una competencia que no tenía.

Enfatizó que la Corte Constitucional, en sentencia C-727 de 2000, al estudiar la constitucionalidad del artículo 49 de la Ley 489 de 1998, sostuvo que “La Carta permite la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado mediando tan solo autorización legal, sin necesidad de creación directa por parte del legislador. Esta disposición superior, de otro lado, se ve reforzada por lo prescrito en el artículo 210 de la Carta, que dispone que las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de estas”.

Finalmente, en relación con los cargos de falsa motivación y desviación de poder, estimó que el acto acusado fue expedido en obediencia a las normas que le sirvieron de fundamento, a lo que se suma que el actor no cumplió con la carga de demostrar cuáles fueron los fines distintos a los que se hubieren buscado con dicho acto.

II.- TRÁMITE EN EL PROCESO

Mediante auto de 17 de septiembre de 2015, el magistrado encargado de la sustanciación del proceso corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

En esta etapa del proceso se pronunciaron el apoderado judicial del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Agente del Ministerio Público.

II.1.- El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP – reiteraron, en líneas generales, los mismos argumentos de oposición de la contestación de la demanda.

II.2.- El Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa (e), mediante concepto No. 112 de 21 de octubre de 2015, solicitó que se denieguen las pretensiones de la demanda. Fundamentó su posición en los siguientes puntos:

En primer término, en relación con el cargo de nulidad de falta de competencia, consideró que la norma acusada se limitó a dar la autorización previa que exige el parágrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998 para la constitución de filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado “por lo cual mal puede hablarse de falta de competencia del Ejecutivo para expedirlo”.

En segundo lugar, consideró que el cargo de nulidad por falsa motivación también debía ser desestimado, pues el Gobierno Nacional expresó los motivos que fundamentaron la adopción del acto acusado; los mismos corresponden a una correcta relación entre los hechos y las consideraciones jurídicas que le asistieron, de tal manera que “[...] lo resuelto corresponde a la realidad de los acontecimientos jurídicos”. Adicional a ello, indicó que “[...] la parte actora no señaló cuál es el hecho o hechos que se tuvieron en cuenta para la expedición del acto, y que en realidad no existieron, o en qué consiste la errada interpretación de estos”.

Finalmente, descartó la configuración del cargo de nulidad por desviación de poder, pues advirtió que el actor no cumplió con la carga de demostrar que el Gobierno Nacional, con la expedición del acto demandado, haya buscado obtener un beneficio diferente al establecido en la ley.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

III.1.- Competencia

Esta Sala es competente para conocer, en única instancia, de demandas de nulidad de los actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional, de conformidad con el numeral 1° del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo Modificado por el art. 36, Ley 446 de 1998

y el artículo 1° del Acuerdo No. 55 de 5 de agosto de 200, sobre distribución de negocios entre las secciones.

III.2.- El acto acusado de ilegalidad

El acto administrativo demandado en este proceso es el Decreto 4310 de 25 de noviembre de 2005 “Por el cual se otorga una autorización”, expedido por el Gobierno Nacional, cuyo tenor literal es el siguiente:

“DECRETO 4310 DE 2005

(Noviembre 25)

Por el cual se otorga una autorización.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

En uso de su facultad prevista en el parágrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998, y

CONSIDERANDO:

Que conforme al párrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998, las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional se constituirán con arreglo a las disposiciones de dicha ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional;

Que la Administración Postal Nacional "Adpostal", fue reestructurada mediante Decreto-ley número 2124 de 1992, como Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional;

Que el artículo 2, numeral 7 del Decreto-ley antes aludido autorizó a la Administración Postal Nacional "Adpostal", para entre otras acciones, promover, constituir, organizar y participar en sociedades e instituciones que desarrollen actividades afines o complementarias a la de la empresa,

DECRETA:

ARTÍCULO 1°. Autorizar a la Administración Postal Nacional "Adpostal", a constituir una sociedad filial a dicha Empresa Industrial y Comercial del Estado en los términos establecidos en el artículo 49 de la Ley 489 de 1998.

ARTÍCULO 2°. La autorización que por este decreto se confiere deberá ejercerse de acuerdo a lo establecido en la Ley 489 de 1998 en lo que respecta a la constitución de sociedades filiales de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y demás normas legales que la reformen o complementen.

ARTÍCULO 3°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dado en Bogotá, D. C., a los 25 días del mes de noviembre del año 2005.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

EL MINISTRO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO,

ALBERTO CARRASQUILLA BARRERA.

LA MINISTRA DE COMUNICACIONES,

MARTHA ELENA PINTO DE HART.

EL DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA,

FERNANDO ANTONIO GRILLO RUBIANO.

NOTA: Publicado en el Diario Oficial No. 46.104 .26 de noviembre de 2005”.

III.3.- El problema jurídico

El problema jurídico que será analizado por la Sala de Decisión consiste en determinar si el Decreto 4310 de 25 de noviembre de 2005 “Por el cual se otorga una autorización”, es nulo por: i) falta de competencia del Gobierno Nacional y extralimitación de funciones, pues como plantean los actores, para poder crear una filial dentro de la Administración Postal Nacional - ADPOSTAL- era necesaria la existencia de una ley que creara directamente la empresa filial o de una norma que autorizara al ejecutivo su constitución, (ii) con falsa motivación y (iii) desviación de poder.

III.4.- Estudio de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-

El Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP- solicitó su desvinculación al presente proceso por cuanto carece de legitimación en la causa por pasiva para comparecer pues, en su sentir, dicha entidad no está llamada a defender de la legalidad del acto acusado.

Sobre el particular, resulta oportuno destacar que la legitimación en la causa ha sido entendida como “la posibilidad de que la persona formule o contradiga las pretensiones de la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo con interés en la relación jurídica sustancial debatida en el proceso

En efecto, el artículo 150 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 29 del Decreto 2304 de 1989, señala que “las entidades públicas y las privadas que ejerzan funciones públicas son partes en todos los procesos contencioso administrativos **que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan**” y por lo tanto, el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a sus representantes legales o a quién éstos hayan

delegado la facultad de recibir notificaciones.

Ahora bien, cabe poner de presente que de conformidad con el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos”. Tratándose de la acción de nulidad, el contradictorio se integra de un lado, por la parte que acude ante la jurisdicción de lo contencioso para controvertir la presunción de legalidad del acto, en condición de parte demandante y, por otro lado, las entidades públicas que suscribieron el acto acusado en condición de parte demandada.

En el presente caso, se tiene que la alegada excepción no está llamada a prosperar en tanto que el acto acusado fue suscrito por el Departamento Administrativo de la Función Pública –DAFP– razón por la cual, se colige, que dicha entidad tiene legitimación para acudir en defensa de la legalidad del acto acusado.

Finalmente, en relación con la vinculación del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, esta Sala dará aplicación a los pronunciamientos proferidos por esta Corporación en vigencia del Código Contencioso Administrativo –Decreto 01 de 198- en los cuales se ha sostenido que, tratándose de actos administrativos suscritos por el Presidente de la República conjuntamente con los Directores de Departamento Administrativo o el Ministro del ramo, son estos últimos los llamados a representar judicialmente a la Nación, verbi gracia en sentencia de 13 de octubre de 201

, el cual se consideró:

“El artículo 149 del Código Contencioso Administrativo dispone en su regulación que “en los procesos Contencioso Administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho”, aclarándose en el párrafo segundo de la misma disposición que “cuando el contrato haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de ésta se ejerce por él o por su delegado”.

En lo que concierne al tratamiento que esta Corporación ha dado a estas disposiciones es preciso anotar que se ha reiterado que **en tratándose de actos administrativos que han sido suscritos por el Presidente de la República conjuntamente con Directores de Departamento Administrativo o el Ministro del respectivo ramo, son estos últimos los llamados a representar judicialmente a la Nación”** (Destacado de la Sala)

De acuerdo con lo expuesto no está llamada a prosperar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento Administrativo de la Función Pública –DAFP- ni tampoco resulta de recibo el argumento planteado por dicha entidad en relación con la vinculación del Departamento Administrativo de la Presidencia da la República para comparecer en este proceso en defensa de la legalidad del acto acusado, por las razones precitadas.

III.5.- Análisis del problema jurídico

III.5.1.- Estudio del cargo de nulidad por falta de competencia del Gobierno Nacional para expedir el decreto acusado

En el asunto sub examine, los actores acusan la ilegalidad del **Decreto 4310 de 25 de noviembre de 2005** “Por el cual se otorga una autorización”, aduciendo que fue expedido por el Gobierno Nacional sin competencia y con usurpación de funciones del Congreso de la República, en tanto que para poder crear una filial dentro de la Administración Postal Nacional -ADPOSTAL- era necesaria la existencia de una ley que creara directamente la empresa filial o de una norma que autorizara al ejecutivo su constitución.

Como premisa normativa, cabe destacar que el numeral 10° del artículo 150 de la Constitución Política indicó que corresponde al Congreso de la República determinar la estructura de la administración, así como crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado, al señalarse:

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; **así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.**

(...)” (negrillas fuera de texto).

Así mismo, el artículo 115 de la Constitución Política indica que las empresas industriales y comerciales del Estado forman parte de la rama ejecutiva. A su vez, el artículo 210 indica que estas solo pueden ser creadas por ley o por autorización de esta, con fundamento en los principios que irradian la función administrativa. Las precitadas normas son del siguiente tenor:

ARTICULO 115. El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

(...)

Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y **las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva” (Destacado de la Sala).**

(...)

“ARTICULO 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios **sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa” (Destacado de la Sala).**

Con fundamento en las anteriores normas constitucionales, se expidió la Ley 489 de 1998 con el objeto de regular el ejercicio de la función administrativa, determinar la estructura y definir los principios y reglas de la organización y funcionamiento de la administración. El artículo 38 (numeral 2°) señaló, además, que constituyen entidades descentralizadas por servicios, entre otras, las empresas industriales y comerciales del Estado.

A propósito de la naturaleza de dichas empresas, la Corte Constitucional ha señalado que “Configuran elementos organizativos constitucionales y de acción dentro del Estado Social de Derecho. Concretamente, son instrumentos de intervención, de cumplimiento de actividades industriales y comerciales y de servicio público que encuentran claro sustento en los mandatos superiores según los cuales el Estado debe intervenir en los servicios públicos y privados para racionalizar la economía 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”.

La citada norma define las empresas industriales y comerciales del Estado como organismos 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, al tiempo que señala que las mismas tienen las siguientes características, a saber: i) personería jurídica; ii) autonomía administrativa y financiera; iii) patrimonio independiente constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

Ahora bien, tal y como lo dispone el artículo 49 de la Ley 489 de 1998, en concordancia con el artículo 85 ibíde, las empresas industriales y comerciales del Estado pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta. Prescribe la norma:

“Artículo 49. Creación de organismos y entidades administrativas. Corresponde a la ley, por iniciativa del Gobierno, la creación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y los demás organismos y entidades administrativas nacionales.

Las empresas industriales y comerciales del Estado **podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma.**

Las sociedades de economía mixta serán constituidas en virtud de autorización legal

(...)”.

La Corte Constitucional, en sentencia C- 727 de 2000, resolvió la demanda de inconstitucionalidad promovida en contra del artículo 49 parcial (aparte subrayado en negrillas) así como el artículo 85 de la Ley 489 de 1998- parcia -. En dicha oportunidad **el demandante alegó** la inconstitucionalidad de las citadas normas pues consideró que, a la luz de los preceptos de la Carta Política de 1991, solo son las leyes, las ordenanzas o los acuerdos las llamadas a crear directamente las empresas industriales y comerciales del Estado, sin que sea posible su constitución por la simple autorización legal.

Al respecto, en la citada sentencia la Corte Constitucional determinó que la Carta Política sí permitió que las empresas industriales y comerciales del Estado pudieran ser creadas mediante la autorización legal, sin necesidad de creación directa por parte del legislador. En apoyo a su tesis, transcribió la literalidad del numeral 7° del artículo 150 y 210 de la Constitución Política. Precisamente, el citado fallo indicó:

“[...] Como puede apreciarse, el simple tenor literal de la disposición constitucional resulta contrario a las afirmaciones sobre las cuales el actor estructura el cargo de inexecutable. En efecto, **es claro que la Carta permite la constitución de empresas industriales y comerciales del estado mediante tan solo la autorización legal, sin necesidad de creación directa por**

parte del legislador. Esta disposición superior, de otro lado, se ve reforzada por lo prescrito por el artículo 210 de la Carta, que dispone que las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de esta. En consecuencia, los apartes acusados de las disposiciones que ahora se examinan se declararán ajustados a la Constitución” (negrilla fuera de texto).

Ahora bien, en lo relativo a **la creación de las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado**, cabe destacar que el párrafo del artículo 49 de la citada Ley 489 señala que las mismas se constituirán con arreglo “(...) **a las disposiciones de la presente ley**”, al tiempo que la disposición normativa supeditó su constitución a la “(...) **previa autorización del Gobierno Nacional** si se tratare de entidades de ese orden (...)”. En efecto, dispone la referida disposición normativa:

“Párrafo. Las entidades descentralizadas indirectas y **las filiales de las empresas industriales** y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta **se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden** o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal”. (Destacado fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, para la Sala fue clara la intención del legislador de atribuir la competencia del Gobierno Nacional para autorizar la constitución de las entidades descentralizadas indirectas y de las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Sobre el particular y en relación con el alcance del párrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998, esta Sección, mediante sentencia de 27 de enero de 2011 proferida con ocasión de una demanda de nulidad presentada en contra del Decreto 3525 de 2004 “Por el cual se otorga una autorización”, ratificó la competencia del Gobierno Nacional para expedir la autorización de que trata la referida norma, al señalar:

“(...) El acto acusado se fundamenta en el párrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998, ubicado en el capítulo XI de la citada normatividad que trata de la “creación, fusión, supresión y reestructuración de organismos y entidades” y cuyo tenor es:

“Artículo 49. Creación de organismos y entidades administrativas. (...)”

Parágrafo. Las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta **se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional** si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal”. (Negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo anterior, **en principio, es claro que la norma acusada se limita a dar la autorización previa que exige el párrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998 para la constitución de entidades descentralizadas indirectas, por lo cual mal puede hablarse de falta de competencia del Ejecutivo para expedirlo.**

(...)” (Destacado de la Sala)

Nótese, entonces, contrario a lo señalado por el actor, que el legislador supeditó la constitución de una empresa filial del Estado a la autorización previa del Gobierno Nacional, por lo que no requiere de una norma de rango legal que la constituya, esto es, en los términos del párrafo del

artículo 49 de la Ley 489 de 1998.

Así pues, de conformidad con lo analizado y siguiendo la jurisprudencia de esta Sección, es posible concluir que: i) la Constitución Política y la Ley 489 de 1998, contemplan la creación directa de las empresas industriales y comerciales del Estado, así como la posibilidad de que una ley autorice su constitución; ii) tratándose de la creación de las filiales de dichas empresas, fue clara la voluntad del legislador de supeditar la constitución de las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado a la autorización gubernamental.

Descendiendo al caso concreto, la Sala encuentra que con fundamento en las facultades constitucionales previstas en el artículo transitorio 20 de la Constitución Política, el Presidente de la República expidió el Decreto 2124 de 29 de diciembre de 1998, mediante el cual ordenó la reestructuración de la Administración Postal Nacional -ADPOSTAL- como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, a la cual le resultarían aplicables las disposiciones que regulan el régimen de ese tipo de empresas.

El artículo 2º de la citada norma dispone que la Administración Postal Nacional -ADPOSTAL- tiene como objeto la prestación y explotación económica de los servicios postales que mediante concesiones le confiera el Ministerio de Comunicaciones y, para tales propósitos, le otorgó autorización para constituir sociedades que desarrollen actividades afines o complementarias a las de dicha empresa, entre otras actividades. Se transcribe la citada norma para su mejor comprensión:

“ARTICULO 2. OBJETO. La Administración Postal Nacional - ADPOSTAL - tiene como objeto la prestación y explotación económica de los servicios postales que mediante concesiones le confiera el Ministerio de Comunicaciones. En cumplimiento de su objeto, además, **ADPOSTAL estará autorizada para desarrollar las siguientes actividades:**

(...)

7. Promover, **constituir**, organizar y participar en **sociedades e instituciones que desarrollen actividades afines o complementarias a las de la empresa**

(...)” (Destacado de la Sala)

No cabe duda, entonces, que el Gobierno Nacional tenía competencia para expedir el Decreto 4310 de 25 de noviembre de 2005, pues, se reitera, el Decreto 2124 de 29 de diciembre de 1998 junto con el párrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998 de manera clara y expresa señalan que al Gobierno Nacional le correspondía autorizar la constitución de filiales dentro de las empresas industriales y comerciales del Estado, concretamente Adpsotal

Cabe resaltar que con el acto acusado el ejecutivo se limitó a ejercer la competencia prevista en la citada Ley 489, atinente a otorgar la autorización para la constitución de una filial de una empresa industrial y comercial del Estado, por lo que mal haría en considerarse que hubo falta de competencia del Gobierno Nacional para su expedición.

Lo anterior cobra mayor fuerza en tanto que esta Sección, en sentencia de 27 de enero de 2011, - citada con anterioridad- ratificó la competencia del Gobierno Nacional para expedir la autorización previa que exige el párrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998, en ese caso para la constitución de las empresas descentralizadas indirectas, consideraciones que se aplican

plenamente para la creación de filiales de empresas industriales y comerciales del Estado, ello en cuanto se consideró “que la norma acusada **se limita a dar la autorización previa que exige el párrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998 para la constitución de entidades descentralizadas indirectas, por lo cual mal puede hablarse de falta de competencia del Ejecutivo para expedirlo**”; decisión que es compartida y se prohíja en esta oportunidad.

Resulta ilustrativo destacar que, además, el artículo 2° del acto acusado dispuso que la referida autorización debía realizarse con sujeción a la Ley 489 de 1998 y las demás normas legales que la reformen o complementen, por lo que fue clara la intención del Gobierno Nacional de supeditar la constitución de la filial de dicha empresa industrial y comercial del Estado al ordenamiento jurídico y, particularmente, a los principios que irradian la función administrativa.

En armonía con lo anterior, esta Sala comparte lo expuesto por el Agente del Ministerio Público, cuando señala que “(...) en el acto acusado se relaciona el marco normativo que permite la autorización conferida por el Presidente de la República a Adpostal como Empresa Industrial y Comercial del Estado para constituir una sociedad filial a la misma, en los términos establecidos en el artículo 49 de la Ley 489 de 1998. Es decir, que el legislador concedió esa facultad al Presidente de la República para otorgar la autorización prevista en la norma legal mencionada. El Gobierno Nacional se limitó a ejercer una facultad ya concedida por el Congreso de la República”.

En este contexto, la Sala evidencia que el actor realizó una lectura segmentada del párrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998 pues, la propia norma consagra la facultad y habilitación la creación de filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado, la cual debe realizarse con “(...) arreglo a las disposiciones de la ley”, al tiempo que supeditó su constitución a la autorización gubernamental.

Ahora bien, la parte demandante trae a colación el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil 1844 de 200 en el cual se concluyó que “a creación de las entidades descentralizadas indirectas en el Distrito Capital de Bogotá, debe ser expresamente autorizada por el Concejo Distrital, por iniciativa del Alcalde Mayor, de conformidad con los artículos 12, numeral 9, y 13 del decreto 1421 de 1993. Para concurrir al acto de constitución, las entidades públicas autorizadas a participar deben contar con la autorización de que trata el párrafo del artículo 49 de la ley 489 de 1998”. (Destacado de la Sala)

No obstante ello, la Sala considera que las consideraciones esgrimidas en dicha oportunidad por la Sala de Consulta y Servicio Civil no resultan aplicables para resolver el caso sub examine, pues no guardan identidad fáctica ni jurídica, en tanto se trata de la creación de entidades del orden territorial, además se fundamenta en el artículo 94 de la Ley 489 de 1998, disposición normativa que refiere, específicamente, a la participación de más de una empresa industrial y comercial del Estado, entidad territorial y otra entidad descentralizada.

Por todo lo expuesto, la Sala observa que el cargo de nulidad por falta de competencia no está llamado a prosperar.

III.5.2.- Estudio del cargo de falsa motivación

Para fundamentar dicho cargo, los actores insistieron nuevamente que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4310 de 25 de noviembre de 2005, sin que existiera “(...) Ley de la República que autorice la creación de la empresa o Ley de autorización expresa al Presidente de la República con facultad pro tempore para determinar la creación de tal empresa como filial Ad

Postal”. Adicionalmente, sostuvieron que “(...) Si el Presidente hubiera tenido las facultades para expedir tal norma, el preámbulo de tal Decreto ha debido contener el número de la Ley que dio origen a la creación de la empresa por parte del Congreso o el número de la Ley que otorgó expresas facultades al Presidente para crear este tipo de entidades y modificar así la Estructura de la Administración Nacional”.

Sobre el particular, resulta importante recordar que la motivación del acto ha sido entendida como el conjunto de razones de hecho y de derecho que justifican la adopción del acto administrativo. Ahora bien, tratándose de actos jurídicos de contenido general, es suficiente la indicación de los fundamentos legales y de su objeto, salvo que se exija una motivación diferente para esta clase de actos. Por ejemplo, en sentencia de 23 de enero de 201, se indicó:

“(...) Motivación de los actos administrativos. Constituye un elemento necesario para la existencia de un acto administrativo que haya unos motivos que originen su expedición y que sean fundamento de la decisión que contienen. Es decir, deben existir unas circunstancias o razones de hecho y/o de derecho que determinan la expedición del acto y el contenido o sentido de la respectiva decisión.

Los motivos son entonces el soporte fáctico y jurídico que justifican la expedición del acto administrativo y el sentido de su declaración y, por lo general, cuando por disposición legal deben ponerse de manifiesto, aparecen en la parte motiva o considerativa del acto. En todo caso aunque no se manifiesten expresamente los motivos debe existir una realidad fáctica y jurídica que le de sustento a la decisión administrativa, que normalmente está contenida en los “antecedentes del acto”, representados por lo general en diferentes documentos como estudios, informes, actas, etc.”

(...)

Respecto de los actos administrativos de carácter general, en razón a su naturaleza y alcance, por regla general es **suficiente tener como motivación en ellos la indicación de sus fundamentos legales y de su objeto**, salvo que exista una disposición de ley que ordene una motivación diferente, tal como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación(“...”)” (Destacado de la Sala)

La falsa motivación como vicio de nulidad del acto ocurre en aquellos eventos en los cuales se presenta la inexistencia de los fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de la voluntad de la administración; cuando los supuestos de hecho resultan contrarios a la realidad, engañosos o fraudulentos; cuando el autor le otorga al acto administrativo un alcance distinto que no tiene y; cuando los motivos que sirven de fundamento no justifican la decisión.

En el sub examine, se advierte que el Decreto 4310 de 25 de noviembre de 2005, fue expedido por el Gobierno Nacional invocando el parágrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998. Así mismo, en la parte considerativa se indica que el numeral 7° del artículo 2° del Decreto 2124 de 1992, autorizó a la Administración Postal Nacional -ADPOSTAL- para promover, constituir, organizar y participar en sociedades e instituciones que desarrollen actividades afines complementarias a la empresa.

En este orden de ideas, se considera que el Decreto 4310 de 25 de noviembre de 2005 goza de la motivación exigida para esta clase de actos administrativos de contenido general, ya que el mismo indicó con precisión y claridad los fundamentos legales que dieron origen a su expedición, entre ellas, el artículo 49 de la Ley 489 de 1998, el cual como se indicó ab initio,

faculta al Gobierno Nacional para expedir los actos administrativos autorizando la constitución de filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado, previo cumplimiento de los requisitos de ley.

Así las cosas, el cargo de nulidad por falsa motivación, a juicio de esta Sala, tampoco está llamado a prosperar.

III.5.3.-. El estudio del cargo de nulidad de desviación de poder

En relación con el cargo relacionado con la desviación de poder, resulta importante indicar que dicho cargo de nulidad se configura cuando “(...) un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia. Por ende, su declaración precisa acreditar tanto (i) la competencia del ente que expide el acto, como (ii) el cumplimiento de las formalidades legalmente impuestas, y en especial (iii) el fin torcido o espurio que persiguió la autoridad al promulgar la decisión cuestionada, distinto al señalado por la ley para el caso concreto [...]”.

Sobre el particular, la Sala advierte que los actores no cumplieron con la carga argumentativa de demostrar cuáles fueron aquellos fines torcidos o contrarios al ordenamiento jurídico que se hayan buscado con la expedición del acto acusado. Por el contrario, tal y como se indicó anteriormente, lo que se evidencia es que el acto acusado fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de una facultad constitucional y legal, esta última materializada en el parágrafo del artículo 49 de la Ley 489 de 1998 para autorizar la constitución de filiales de empresas industriales y comerciales del Estado.

Por todo lo expuesto, para la Sala no existe duda que los actores no lograron desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado, razón por la cual se denegarán las pretensiones de la demanda como, en efecto, así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO: DECLARAR como no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: Una vez quede en firme la presente sentencia, por Secretaría archivar el expediente, dejando las constancias a que hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZON

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Presidenta

Consejero de Estado

Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado

Consejero de Estado

P



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)



MINTIC