

TELENARIÑO - Naturaleza jurídica / EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE NARIÑO - Supresión / SUPRESION DE SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA - Competencia / SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA - Supresión. Indicadores

Según el artículo 1º de los Estatutos de TELENARIÑO, dicha empresa es una sociedad de economía mixta, que pertenece al sector de las telecomunicaciones y es del orden nacional. De tal manera que conforme al literal f) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, en armonía con el artículo 52, ibídem, podía ser sujeto pasivo de supresión por parte del Gobierno Nacional, en ejercicio de la atribución conferida en el artículo 189, numeral 15, de la Carta Política, sin estar supeditado al arbitrio de las personas que constituyen la sociedad, ya que ello no se colige del texto legal. El cargo de falsa motivación, para la Sala tampoco tiene vocación de prosperidad, pues, como lo observa el actor, el ejercicio de la facultad conferida por el numeral 15 del artículo 189 de la Carta Política está supeditado a las directrices que la ley establezca para su cabal cumplimiento y, precisamente, en este caso, el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 previó la supresión, entre otras razones, cuando así se concluya por la utilización de los indicadores de gestión y de eficiencia que emplean los organismos de control y los resultados por ellos obtenidos cada año, luego de realizar el examen de eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad o el examen de los resultados para establecer en qué medida se logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un período determinado; y también cuando exista duplicidad de objetivos y/o funciones. Conforme se lee en la parte motiva del acto acusado de acuerdo con el Documento CONPES 3184 de 2002 y el Documento Técnico elaborado por el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Comunicaciones, denominado “Lineamientos para la reestructuración integral del sector descentralizado del orden nacional prestatario del servicio de telecomunicaciones”, de fecha 11 de junio de 2003, TELECOM, sus 27 Gerencias Departamentales y sus 14 TELEASOCIADAS -dentro de las cuales se encuentra TELENARIÑO S.A. E.S.P.-, han generado una serie de ineficiencias que no permiten el desarrollo de todo el potencial de los activos e inversiones del Estado en el sector, ni la obtención de necesarias economías de escala, que se traducen en sobre costos por la duplicidad de funciones y la imposibilidad de ejercer el debido control gerencial, razón por la cual se recomienda la LIQUIDACIÓN DE TELECOM Y DE LAS EMPRESAS TELEASOCIADAS. Esta motivación del acto acusado no aparece desvirtuada en el proceso y, por lo demás, fue objeto de estudio por la Sala en sentencia de 25 de agosto de 2005 (Expediente núm. 2003-00333, Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade), que halló ajustado a la legalidad el Decreto 1615 de 12 de junio de 2003, a través del cual el Gobierno Nacional suprimió TELECOM, donde se reconoció pleno valor probatorio a los documentos a que se ha hecho mención y dada la estrecha relación de la recomendación de la supresión de TELECOM y de sus 14 TELEASOCIADAS, la Sala en esta oportunidad se remite a sus consideraciones, para prohijarlas. Igual consideración cabe hacer frente a la censura de los actores, relativa a que en este caso no existen estudios serios que establezcan con seguridad que estaba en peligro la continuidad y eficiencia del servicio, pues dentro del expediente no obra prueba alguna que desvirtúe los estudios que llevaron al CONPES, al Departamento Nacional de Planeación y al Ministerio de Comunicaciones, a recomendar la supresión de las TELEASOCIADAS de TELECOM.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-24-000-2003-00408-01

Actor: SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE NARIÑO

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Los señores **VICTOR JULIO QUIJANO Y RUTH RAMÍREZ MUÑOZ**, quienes aducen obrar en representación del Sindicato de la Empresa de Telecomunicaciones de Nariño, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentaron demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del Decreto núm. 1607 de 12 de junio de 2003, **"Por el cual se suprime la Empresa de Telecomunicaciones de Nariño - Telenariño S.A. E.S.P. y se ordena su disolución y liquidación"**, expedido por el Gobierno Nacional.

I-FUNDAMENTOS DE DERECHO

Como sustento de la demanda los actores aducen, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1º. Sostienen que el Constituyente Primario, debidamente representado por sus Delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, le asignó al Presidente de la República en el numeral 15 del artículo 189, como suprema autoridad

administrativa, la función de “Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley”.

Que el Legislativo expidió la Ley 489 de 1998, por la cual dictó normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189, en el entendido de que los organismos y entidades del orden nacional a los cuales se les puede aplicar las atribuciones previstas en el numeral 15 del artículo 189, son los creados bajo la dependencia de la suprema autoridad del Estado, clasificados en el artículo 38 de la mencionada Ley, que integran el Poder Público en el Sector Central y Descentralizado por servicios.

Se remite al artículo 52 y al párrafo 2º de dicha Ley para recabar en que la supresión, disolución y liquidación recae sobre entidades y organismos administrativos del orden nacional.

Resalta que TELENARIÑO S.A. E.S.P. es una sociedad de economía mixta del orden nacional, cuyos actos y contratos se rigen por el derecho privado y su constitución se trata a la luz del régimen societario regulado por el C. de Co. Y así mismo su disolución.

A su juicio, el Gobierno Nacional excedió sus facultades al desconocer el arbitrio de las personas que constituyen la sociedad TELENARIÑO S.A., que son quienes pueden tomar la determinación de sacarla de la vida jurídica, conforme lo precisan los artículos 218 y 220 del C. de Co., en armonía con el párrafo 2º del artículo 52 y el artículo 61 de la Ley 489 de 1998.

2º. Manifiestan que se incurrió en una falsa motivación y extralimitación en el ejercicio de las funciones propias del Ejecutivo, ya que el ejercicio de la facultad

conferida por el numeral 15 del artículo 189 de la Carta Política está supeditado a las directrices que la ley establezca para su cabal cumplimiento y en este caso el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 previó que el Presidente de la República pueda suprimir o disponer la disolución o liquidación: “5. Cuando exista duplicidad de objetivos y/o funciones...”, lo que el Ejecutivo entendió mal en este caso al pretender crear dicha duplicidad entre TELENARIÑO y TELECOM, siendo que esta última es del orden nacional y también fue objeto de supresión.

Aluden a que los artículos 75, 334, 365, 367 y 369 de la Carta Política facultan al Estado para intervenir la prestación de los servicios públicos con el fin de asegurar su continuidad y eficiencia y garantizar la calidad de los bienes objeto de los servicios públicos, pero que en este caso no existen estudios serios que establezcan con seguridad que estaba en peligro la continuidad y eficiencia del servicio y, al contrario, la empresa que se pretende suprimir tuvo un crecimiento inusitado en los últimos años.

Controvierten los considerandos del Decreto acusado en cuanto afirman que TELENARIÑO es de carácter oficial, pues, en su opinión, no tiene tal carácter debido a que su capital está integrado por recurso oficial y privado.

Y que no se justificaba la supresión, pues había tenido un crecimiento significativo y podía pagar el empréstito por valor de \$45.000'000.000 con la Banca Internacional, dado que su flujo de caja era positivo.

Argumentan que la Ley 142 de 1994, Capítulo I, artículo 17, determina la naturaleza jurídica de las entidades prestadoras de servicios públicos, dándoles la calidad de sociedades por acciones; que el artículo 19, en su numeral 15, ibídem, remite al Código de Comercio; que éste en sus artículos 218 a 225 prevé la disolución de la sociedad y el artículo 219, ibídem, consagra un procedimiento

frente a la disolución que debe provenir de los asociados, que se rige por el contrato social.

Insisten en que el Ejecutivo abusa de sus facultades al arrogarse competencias que no tiene, en contra de las disposiciones legales de rango superior (Ley 142 de 1994), olvidando que los actos y contratos de esta clase de sociedades como TELENARIÑO se rigen por el derecho privado.

3º. Finalmente, alegan que la vinculación de los trabajadores de TELENARIÑO se gobierna por el Código Sustantivo del Trabajo, bajo la modalidad de contrato a término indefinido, situación ratificada en la convención colectiva de trabajo, artículo 11; y que para un despido masivo, como el que ocurrió en este caso, se debe seguir el procedimiento previsto en el artículo 61 de dicho Código.

Recaban en la falta de competencia del Gobierno Nacional para ordenar la terminación de contratos de trabajo, lo cual, en su opinión, quebranta el artículo 466 del mencionado Código y el Decreto 2351 de 1965.

II-. TRAMITE DE LA ACCIÓN

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

II.1-. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

II.1.1. COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. – tercero con interés directo en las resultas del proceso, a través de apoderado contestó la demanda y

para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones argumentó, en síntesis, lo siguiente:

Que con posterioridad a la Ley 489 de 1998, se adoptó mediante el Decreto 254 de 2000 el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional, que en su artículo 1º dispuso que en lo no previsto en el Decreto, en lo pertinente, sería aplicable el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Código de Comercio. Es decir, que existiendo un régimen especial, el acto de supresión resulta en un todo ajustado a derecho.

Resalta que los supuestos de la Ley 142 de 1994 son diferentes a los del artículo 52 de la Ley 489, que desarrolla la atribución del artículo 189, numeral 15, de la Carta Política.

Enfatiza en que el Presidente de la República puede disponer la supresión de sociedades de economía mixta; y que después de seguir el Plan de Acción previsto en el DOCUMENTO CONPES 3145, con posterioridad se expidió otro de la misma naturaleza en relación con TELECOM, accionistas de las TELEASOCIADAS, el cual es contundente en cuanto a lo gravemente comprometida que se encontraba la viabilidad financiera de la empresa.

Menciona, igualmente, el documento del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio de Comunicaciones, de 11 de junio de 2003, que recomiendan la liquidación de TELECOM y sus TELEASOCIADAS.

II.1.2. La Nación – MINISTERIO DE COMUNICACIONES-, a través de apoderado contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones argumentó, en síntesis, lo siguiente:

Que las normas de la Ley 142 son diferentes del artículo 52 de la Ley 489, que desarrolla una atribución prevista en el artículo 189, numeral 15, de la Constitución Política.

Enfatiza en que el Presidente de la República puede disponer la supresión de sociedades de economía mixta; y que después de seguir el Plan de Acción previsto en el DOCUMENTO CONPES 3145, con posterioridad se expidió otro de la misma naturaleza en relación con TELECOM, accionistas de las TELEASOCIADAS, el cual es contundente en cuanto a lo gravemente comprometida que se encontraba la viabilidad financiera de la empresa.

Menciona, igualmente, el documento del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio de Comunicaciones, de 11 de junio de 2003, que recomiendan la liquidación de TEELECOM y sus TELEASOCIADAS.

II.1.3. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA- a través de apoderado contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones argumentó, en síntesis, lo siguiente:

Que con posterioridad a la Ley 489 de 1998, se adoptó mediante el Decreto 254 de 2000 el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional, que en su artículo 1º dispuso que en lo no previsto en el Decreto, en lo pertinente, sería aplicable el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Código de Comercio. Es decir, que existiendo un régimen especial, el acto de supresión resulta en un todo ajustado a derecho.

Resalta que los supuestos de la Ley 142 de 1994 son diferentes a los del artículo 52 de la Ley 489, que desarrolla la atribución del artículo 189, numeral 15, de la Carta Política.

Enfatiza en que el Presidente de la República puede disponer la supresión de sociedades de economía mixta; y que después de seguir el Plan de Acción previsto en el DOCUMENTO CONPES 3145, con posterioridad se expidió otro de la misma naturaleza en relación con TELECOM, accionistas de las TELEASOCIADAS, el cual es contundente en cuanto a lo gravemente comprometida que se encontraba la viabilidad financiera de la empresa.

Menciona, igualmente, el documento del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio de Comunicaciones, de 11 de junio de 2003, que recomiendan la liquidación de TELECOM y sus TELEASOCIADAS.

II.1.4. La FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. tercero con interés directo en las resultas del proceso, a través de apoderada contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones argumentó, en síntesis, lo siguiente:

Que el artículo 189, numeral 15, de la Carta Política, le atribuye al Presidente de la República las funciones y competencias para desarrollar los fines del Estado en su calidad de autoridad suprema administrativa, pudiendo suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley.

Que el artículo 52 de la Ley 489 de 1998, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-702 de 1999, materializa la autorización de suprimir o fusionar las entidades, dentro de las cuales se encuentran las sociedades de economía mixta, a que alude el artículo 38 de la Ley 489.

Hace hincapié en que la actuación administrativa desplegada para ordenar la supresión y liquidación de TELENARIÑO S.A. E.S.P. debe analizarse a partir del numeral 15 del artículo 189 con sujeción a lo dispuesto en los artículos 38 y 52 de la Ley 489 de 1998.

Que las facultades del artículo 189, numeral 15, de la Carta Política y 52 de la Ley 489, son diferentes de la Ley 142 de 1994.

Resalta que el acto acusado tiene una motivación real y el régimen de la liquidación es el establecido en el Decreto Ley 254 de 2000.

II.1.5. La Nación –**MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL** - a través de apoderada contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones argumentó, en síntesis, lo siguiente:

Que el Presidente de la República en virtud del artículo 189, numeral 15, de la Constitución Política, puede suprimir entidades y organismos administrativos de conformidad con la Ley y la Corte Constitucional en sentencia C-151 de 2004 se pronunció frente a tales atribuciones, precisando que en la Ley 489 de 1998, artículo 52, se fijaron los límites para la supresión.

Que la situación del sector de telecomunicaciones fue evaluada por el Gobierno Nacional en varias ocasiones, que se reflejan en los Documentos Conpes 3145 y 3184, así como en el Documento Técnico del Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Comunicaciones, en donde se recomendó liquidar TELECOM y sus TELEASOCIADAS.

Propone como excepción: HABERSE NOTIFICADO LA DEMANDA A QUIEN NO ES PARTE DEMANDADA, ya que la demanda no va a dirigida al Ministerio de la Protección Social.

III-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo se mostró partidario de que se denieguen las pretensiones de la demanda porque, en su opinión, TELENARIÑO S.A. E.S.P. es asociada a TELECÓM y dada su naturaleza jurídica de entidad del orden nacional, como empresa oficial de servicios públicos domiciliarios, le es aplicable el régimen jurídico de las entidades del orden nacional, (artículo 38, en concordancia con el artículo 52 de la Ley 489 de 1998).

Estima que la excepción propuesta por el Ministerio de la Protección Social está llamada a prosperar, pues no es parte en el proceso.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Sea lo primero advertir que la excepción propuesta por el Ministerio de la Protección Social no está llamada a prosperar, ya que conforme consta a folio 53, el acto acusado fue expedido, entre otros, por dicho Ministerio, en consecuencia, según lo prevé el artículo 150, del C.C.A., en armonía con el artículo 207, ordinal 1°, ibídem, debía ser citado al proceso en calidad de parte, como en efecto ocurrió.

El acto acusado dispuso la supresión de la Empresa de Telecomunicaciones de Nariño- TELENARIÑO S.A. E.S.P.-, con fundamento, entre otras disposiciones, en

los artículos 189, numeral 15 de la Constitución Política y 52, numeral 3, de la Ley 489 de 1998, que son del siguiente tenor:

Artículo 189, numeral 15:

“Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

.....15 Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales, de conformidad de con la Ley”.

El 29 de diciembre de 1998, el legislador expidió la Ley 489 “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. Y en su capítulo XI, previó:

[...]

“CAPÍTULO XI

Creación. Fusión, supresión y reestructuración de organismos y entidades

Artículo 52.- DE LA SUPRESIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE ENTIDADES U ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS NACIONALES. El Presidente de la República podrá suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades y organismos administrativos del orden nacional previstos en el artículo 38 de la presente ley cuando:

1. Los objetivos señalados al organismo o entidad en el acto de creación hayan perdido su razón de ser.
2. Los objetivos y funciones a cargo de la entidad sean transferidos a otros organismos nacionales o a las entidades del orden territorial.
3. Las evaluaciones de la gestión administrativa efectuadas por el Gobierno Nacional, aconsejen su supresión o la transferencia de funciones a otra entidad.
4. Así se concluya por la utilización de los indicadores de gestión y de eficiencia que emplean los organismos de

control y los resultados por ellos obtenidos cada año, luego de realizar el examen de eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad o el examen de los resultados para establecer en qué medida se logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un período determinado.

5. Exista duplicidad de objetivos y/o de funciones esenciales con otra u otras entidades.

6. Siempre que como consecuencia de la descentralización de un servicio la entidad pierda la respectiva competencia.

...»

Las entidades, objeto de supresión, según el artículo 38 de la Ley 489 son aquellas que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, tanto en el sector central como en el sector descentralizado por servicios. El artículo 38 las relaciona así:

«...

ARTÍCULO 38.- Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República¹
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica

¹ Literal declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-727 de 21 de junio de 2000. Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. »

Según el artículo 1º de los Estatutos de TELENARIÑO (folio 9 del cuaderno de anexos), dicha empresa es una sociedad de economía mixta, que pertenece al sector de las telecomunicaciones y es del orden nacional.

De tal manera que conforme al literal f) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, en armonía con el artículo 52, ibídem, podía ser sujeto pasivo de supresión por parte del Gobierno Nacional, en ejercicio de la atribución conferida en el artículo 189, numeral 15, de la Carta Política, sin estar supeditado al arbitrio de las personas que constituyen la sociedad, ya que ello no se colige del texto legal.

El cargo de falsa motivación, para la Sala tampoco tiene vocación de prosperidad, pues, como lo observa el actor, el ejercicio de la facultad conferida por el numeral 15 del artículo 189 de la Carta Política está supeditado a las directrices que la ley establezca para su cabal cumplimiento y, precisamente, en este caso, el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 previó la supresión, entre otras razones, cuando así se concluya por la utilización de los indicadores de gestión y de eficiencia que emplean los organismos de control y los resultados por ellos obtenidos cada año, luego de realizar el examen de eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad o el examen de los resultados para establecer en qué medida se logran sus

objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un período determinado; y también cuando exista duplicidad de objetivos y/o funciones.

Conforme se lee en la parte motiva del acto acusado de acuerdo con el Documento CONPES 3184 de 2002 y el Documento Técnico elaborado por el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Comunicaciones, denominado “Lineamientos para la reestructuración integral del sector descentralizado del orden nacional prestatario del servicio de telecomunicaciones”, de fecha 11 de junio de 2003, TELECOM, sus 27 Gerencias Departamentales y sus 14 TELEASOCIADAS -dentro de las cuales se encuentra TELENARIÑO S.A. E.S.P.-, **han generado una serie de ineficiencias que no permiten el desarrollo de todo el potencial de los activos e inversiones del Estado en el sector, ni la obtención de necesarias economías de escala, que se traducen en sobre costos por la duplicidad de funciones y la imposibilidad de ejercer el debido control gerencial, razón por la cual se recomienda la LIQUIDACIÓN DE TELECOM Y DE LAS EMPRESAS TELEASOCIADAS (folio 51 vuelto in fine).**

Esta motivación del acto acusado no aparece desvirtuada en el proceso y, por lo demás, fue objeto de estudio por la Sala en sentencia de 25 de agosto de 2005 (Expediente núm. 2003-00333, Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade), que halló ajustado a la legalidad el Decreto 1615 de 12 de junio de 2003, a través del cual el Gobierno Nacional suprimió TELECOM, donde se reconoció pleno valor probatorio a los documentos a que se ha hecho mención y dada la estrecha relación de la recomendación de la supresión de TELECOM y de sus 14 TELEASOCIADAS, la Sala en esta oportunidad se remite a sus consideraciones, para prohijarlas.

Al efecto, dijo la Sala en la precitada sentencia:

“El Decreto 1615 de 2003 y el cargo que alega incompetencia del Presidente de la República para suprimir una empresa industrial y comercial del Estado como TELECOM.

Lo esencial de la acusación controvierte la competencia del Ejecutivo pues el actor considera que el Decreto impugnado viola los artículos 150-7 y 189-15 CP porque –en su entendimiento- según las precitadas disposiciones, la supresión de una empresa industrial y comercial del Estado es atribución exclusiva del Congreso de la República, quien debe ejercerla de manera directa e indelegable, mediante ley.

Corresponde, entonces, a la Sala determinar si la supresión de una empresa industrial y comercial del Estado, que según el literal b), numeral 2º. del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 pertenece al sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional es atribución exclusiva y excluyente del Congreso de la República; o si es función que la Constitución Política atribuye al Presidente de la República, como *suprema autoridad administrativa*, para que la ejerza *de conformidad con la ley*.

Con este fin comenzará por referirse al sistema constitucional de asignación de competencias para la creación y supresión de entidades y organismos en el nivel nacional de la administración pública. Establecido lo anterior, seguidamente analizará el cargo, a la luz del esquema constitucional de distribución de competencias en materia de supresión y liquidación de una empresa industrial y comercial del Estado.

- **La distribución de competencias constitucionales entre Legislativo y Ejecutivo para la creación y supresión de Empresas Industriales y Comerciales del Estado.**

La Constitución Política dispone en su artículo 150-7 que es función del Congreso «*determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar... otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica*», así como «*crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado*». Así mismo, en su artículo 189-15, la Constitución reviste al Presidente de la República de facultades para «*suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley.*»

Armonizados estos preceptos constitucionales e interpretados sistemáticamente se sigue que la creación y supresión de empresas industriales y comerciales del Estado está en manos del Congreso, quien puede hacerlo directamente o concediendo autorizaciones al Presidente de la República; a este último incumbe privativamente suprimirlas en el orden nacional, por tratarse de

entidades u organismos administrativos nacionales, observando estrictamente los criterios, objetivos y orientaciones que al efecto haya fijado el Congreso mediante ley. Se trata de dos competencias claramente diferenciadas: la de creación o supresión, que el artículo 150-7 atribuye al Congreso, quien puede ejercerla directamente mediante ley o delegando la de creación en el Presidente, en virtud de autorizaciones; tratándose de la facultad de supresión, corresponde al Congreso fijar los criterios, objetivos y principios generales que el Ejecutivo debe observar al ejercerla (artículos 150-7 y 189-15 CP); la segunda corresponde a la atribución permanente conferida al Presidente de la República quien debe ejercerla con estricta sujeción a la ley como suprema autoridad administrativa (artículo 189-15 CP).

En desarrollo del artículo 189-15 CP, la Ley 489 (30 de diciembre de 1989) en su artículo 52 definió los principios y orientaciones generales con fundamento en los cuales el Presidente puede *«suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades y organismos administrativos del orden nacional previstos en el artículo 38 ídem.»* Su texto es el siguiente, tras la sentencia C-702 de 1999 en que la Corte Constitucional² lo declaró exequible.

«LEY 489 DE 1998

(Diciembre 29)

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.

[...]

CAPÍTULO XI

Creación. Fusión, supresión y reestructuración de organismos y entidades

Artículo 52.- DE LA SUPRESIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE ENTIDADES U ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS NACIONALES. El Presidente de la República podrá suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades y organismos administrativos del orden nacional previstos en el artículo 38 de la presente ley cuando:

2. Los objetivos señalados al organismo o entidad en el acto de creación hayan perdido su razón de ser.

2. Los objetivos y funciones a cargo de la entidad sean transferidos a otros organismos nacionales o a las entidades del orden territorial.

² M.P.Dr. Fabio Morón Díaz.

7. Las evaluaciones de la gestión administrativa efectuadas por el Gobierno Nacional, aconsejen su supresión o la transferencia de funciones a otra entidad.

8. Así se concluya por la utilización de los indicadores de gestión y de eficiencia que emplean los organismos de control y los resultados por ellos obtenidos cada año, luego de realizar el examen de eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad o el examen de los resultados para establecer en qué medida se logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un período determinado.

9. Exista duplicidad de objetivos y/o de funciones esenciales con otra u otras entidades.

10. Siempre que como consecuencia de la descentralización de un servicio la entidad pierda la respectiva competencia.

...»

Por expresa remisión del artículo 52 de la Ley 489 al artículo 38, ídem, las entidades que pueden ser suprimidas son aquellas que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, tanto en el sector central como en el sector descentralizado por servicios. El artículo 38 las relaciona así:

«...

ARTÍCULO 38.- Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

3. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República³
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

³ Literal declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-727 de 21 de junio de 2000. Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

4. Del Sector descentralizado por servicios:
- a) Los establecimientos públicos;
 - b) **Las empresas industriales y comerciales del Estado;**
 - c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica
 - d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
 - e) Los institutos científicos y tecnológicos;
 - f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
 - g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. »

Mediante Decreto 2123 de 1992⁴ la Empresa Nacional de Telecomunicaciones «TELECOM» fue reestructurada como empresa industrial y comercial del Estado.

En lo pertinente, dispuso:

«DECRETO NÚMERO 2123 DE 1992

(Diciembre 29)

POR EL CUAL SE REESTRUCTURA LA EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES -TELECOM-

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de que trata el mismo artículo,

DECRETA:

CAPITULO I

NATURALEZA, OBJETO Y FUNCIONES

ARTÍCULO 1º.- NATURALEZA JURÍDICA. Reestructúrase en una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital

⁴ Expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 20 Transitorio de la Constitución Política. Diario Oficial 40.704 del jueves 31 de diciembre de 1992, fls. 40 y 41. Mediante sentencia de 28 de julio de 1994 esta Sección, con Ponencia del Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez denegó las pretensiones de la demanda en la acción de nulidad interpuesta contra los artículos 9º y 10. Mediante sentencia de 9 de diciembre de 2004 esta Sección declaró probada la excepción de cosa juzgada y denegó las demás pretensiones de la demanda.

independiente, a la **Empresa Nacional de Telecomunicaciones – TELECOM-** creada y organizada por las leyes 6a de 1943 y 83 de 1945 y los Decretos 1684 de 1947, 1233 de 1950, 1184 de 1954, 1635 de 1960 y 3267 de 1963, vinculada al Ministerio de Comunicaciones a la cual, salvo lo dispuesto en el presente Decreto, para todos los efectos le serán aplicables las disposiciones que regulan el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

ARTÍCULO 2º.- OBJETO. La Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM tiene como objeto la prestación y explotación de servicios públicos de telecomunicaciones dentro del territorio nacional y en conexión con el exterior; y la prestación de los servicios de telecomunicaciones que se califiquen como tales, dentro del territorio nacional y en otros países.

En cumplimiento de su objeto, TELECOM está autorizada para desarrollar, entre otras, las siguientes actividades:

...»

Fuerza es, entonces, concluir que al suprimir TELECOM, el Presidente de la República ejerció la facultad conferida por el artículo 189, numeral 15 de la Constitución, con estricta sujeción a los criterios establecidos en los numerales 3º y 4º de la Ley 489 de 1998 que, según quedó visto, le permitían suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades u organismos del orden nacional cuando las evaluaciones de la gestión administrativa aconsejasen la supresión o la transferencia de funciones a otra entidad, o cuando la conveniencia de esa decisión se establezca a través de los indicadores de gestión y de eficiencia que emplean los órganos de control.

En los considerandos del Decreto 1615 se hizo constar que tras examinarse la viabilidad global de TELECOM en los Documentos CONPES Nos. 3145 de diciembre de 2001 y 3184 de julio de 2002 se concluyó que pese a haberse ejecutado un plan de ajuste la empresa no era viable ni solvente.

Se dijo también que las evaluaciones de la gestión administrativa de TELECOM efectuadas por el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Comunicaciones, consignadas en el documento titulado «*Lineamientos para la reestructuración integral del sector descentralizado del orden nacional prestatario del servicio de telecomunicaciones*» de fecha junio 11 de 2003 evidenciaron que la empresa enfrentaba problemas estructurales que hacían incierta su sostenibilidad, como el elevado pasivo pensional y que inflexibilidades administrativas dispersaban la responsabilidad de la prestación de los servicios de telecomunicaciones entre TELECOM, sus veintisiete (27) gerencias departamentales y las catorce (14) Teleasociadas, generando una serie de ineficiencias que impedían el desarrollo a plenitud del potencial de los activos e inversiones del Estado en el sector y la obtención de necesarias economías de escala, traducidos en sobrecostos por la duplicidad de funciones y la imposibilidad de ejercer el debido control gerencial.

También se mencionó que en igual sentido se pronunció la Contraloría General de la República al evaluar la viabilidad financiera de TELECOM en el «*Informe de Auditoría Gubernamental con enfoque integral abreviada*» de agosto de 2002.

Concluye la Sala que lejos de contrariar precepto constitucional alguno, al expedir el Decreto 1615 de 2003 el Presidente de la República se ciñó estrictamente a la atribución conferida por el artículo 189, numeral 15 de la Constitución y dio estricta observancia a los criterios establecidos en los numerales 3º y 4º. del artículo 52 de la Ley 489 de 1998. Así habrá de decidirse”.

Igual consideración cabe hacer frente a la censura de los actores, relativa a que en este caso no existen estudios serios que establezcan con seguridad que estaba en peligro la continuidad y eficiencia del servicio, pues dentro del expediente no obra prueba alguna que desvirtué los estudios que llevaron al CONPES, al Departamento Nacional de Planeación y al Ministerio de Comunicaciones, a recomendar la supresión de las TELEASOCIADAS de TELECOM.

Ahora, para la Sala una cosa es que los actos y contratos de TELENARIÑO se rijan por el derecho privado y otra diferente que por dicha razón el Gobierno Nacional esté impedido para ejercer la facultad prevista en el artículo 189, numeral 15, en armonía con los artículos 38 y 52 de la Ley 489 de 1998.

Finalmente, para la Sala tampoco resultan de recibo los cargos de la demanda relacionados con la situación laboral de los trabajadores en virtud de la supresión, como quiera que la misma está regulada en el Decreto Ley 254 de 2000; el Decreto 2160 de 2004 y la Ley 1105 de 2006.

Así pues, para la Sala los cargos de la demanda no tienen vocación de prosperidad, conforme 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 :

DECLÁRASE no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la Nación- Ministerio de la Protección Social-.

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 12 de febrero de 2009.

MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN