

C-306-19

Sentencia C-306/19

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Competencia de la Corte Constitucional

CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Jurisprudencia constitucional

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Competencia de la Corte Constitucional

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Concepto

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Configuración

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Impone al demandante una mayor carga argumentativa/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Presupuestos

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Integración de unidad normativa

INTEGRACION NORMATIVA-Procedencia

NORMA ACUSADA-Inexistencia de cosa juzgada

COSA JUZGADA-Función negativa

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Configuración

COSA JUZGADA-Elementos para su existencia

COSA JUZGADA-Efectos inter partes o erga omnes

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia por cuanto las normas objeto de comparación pertenecen a regulaciones diversas

NORMA ACUSADA-Contenido y alcance

TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES TIC-Regulación integral

LEY SOBRE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES TIC-Principios orientadores

TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION Y LAS COMUNICACIONES TIC-Definición

FUNCION ADMINISTRATIVA-Principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad

ORGANIZACION ADMINISTRATIVA DEL ESTADO-Amplio margen de configuración legislativa

La parte orgánica de la Carta Política definió la estructura general del Estado, a través de la previsión de las Ramas del Poder Público y los órganos autónomos, a los cuales singularizó y caracterizó mediante la identificación de las autoridades que los conforman; la asignación de competencias; y el diseño de los mecanismos de interacción e incidencia entre los poderes públicos. Estos elementos, en conjunto, se rigen por el principio de separación de poderes, que constituye un pilar de la Constitución, y contribuye a la configuración de un sistema de pesos y contrapesos, que busca equilibrar la relación entre los órganos del Estado y evitar poderes omnímodos o sin control

PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Alcance

PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES-Sistema de frenos y contrapesos

DETERMINACION DE LA ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION-Competencia atribuida al Congreso

AUTONOMIA ADMINISTRATIVA EN DESCENTRALIZACION-Regulación legislativa

DESCENTRALIZACION-Constitucionalidad

ESTRUCTURA DEL ESTADO-Colaboración armónica de órganos y entidades

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Régimen aplicable

(...) [L]a Corte recordó que independiente del porcentaje de participación que el Estado tenga en una sociedad de economía mixta, el legislador tiene competencia para intervenir en su régimen jurídico. Dicha autonomía, de otro lado, no excluye a dichas sociedades de los controles estatales en ciertas materias -fiscales, inhabilidades e incompatibilidades, etc.-. Las sociedades de economía mixta hacen parte ciertamente de la estructura orgánica estatal, pero su actividad misional en términos generales debe tener la flexibilidad y capacidad igualitaria de competencia que ofrecen las normas de derecho privado.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS-Atributos

Las consideraciones descritas evidencian que el Constituyente se interesó por la inclusión de mecanismos que permitan el adecuado ejercicio de la función de la Rama Ejecutiva y la forma en la que operan. En consecuencia, la primera conclusión relevante sobre las entidades descentralizadas es que la Carta Política no se limitó a prever requisitos de creación, pues también se interesó por la fijación de pautas, de rango constitucional, para el ejercicio de sus actividades que, bajo una lectura sistemática de la Constitución, corresponden a los principios de la función administrativa.

DESCENTRALIZACION POR SERVICIOS-Implica el otorgamiento de funciones administrativas a entidades que se crean para ejercer una actividad especializada

DESCENTRALIZACION POR SERVICIOS-Alcance

En síntesis, en el esquema de la descentralización por servicios, los proveedores pueden constituirse en empresas en las que el Estado tiene participación accionaria en colaboración con los particulares (sociedades de economía mixta), así como en sociedades en las que todos los activos son estatales (empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades públicas). Estas sociedades son necesarias para que el Estado pueda prestar óptimamente los servicios, por lo que el legislador puede crearlas ponderando el interés general de su participación en los mercados con la libertad de empresa. Estas empresas con participación pública pueden concurrir a los mercados para competir con el sector privado, atendiendo a las dinámicas del mercado. Sin embargo, no están exentas de aplicar en ciertos eventos normas de derecho público, sin que lo anterior implique el abandono del régimen jurídico privado para sus actividades misionales.

LEGISLADOR-Potestad de determinar el régimen jurídico de las entidades descentralizadas

[L]a Constitución Política faculta al legislador con un amplio margen de configuración para organizar los entes descentralizados por servicios, dentro de las cuales está la de diseñar la participación del Estado en las actividades económicas. Al hacerlo, la Constitución autoriza al legislador para imponer el régimen jurídico adecuado a los actos y contratos que celebren tales entes descentralizados, dentro de los que se encuentran, como subgrupo, las empresas prestadoras de TIC's.

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Sujeción al régimen de Derecho Privado

Así, la aplicación de normas de derecho privado a entidades públicas, como lo establece la disposición acusada, tiene fundamento en la naturaleza de las actividades que pueden desarrollar, ya que sería inconveniente que se rijan únicamente por las reglas del derecho público, en virtud de las actividades propias de los servicios públicos y la concurrencia con los particulares en el mercado. De ahí que el legislador pueda otorgarles a estas entidades capacidad de acción y gestión inmediatas para competir en igualdad de condiciones con las empresas del sector privado.

Referencia: Expediente D-12753

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 55 (parcial) de la Ley 1341 de 2009, “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”.

Demandantes: David Suárez Tamayo y Alejandra Pasqualotto.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Gloria Stella Ortiz

Delgado, quien la preside, Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las previstas en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, los ciudadanos David Suárez Tamayo y Alejandra Pasqualotto presentaron, ante esta Corporación, demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 55 (parcial) de la Ley 1341 de 2009, “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”, por considerar que quebrantan los artículos 6º, 118, 123, 209, 210, 267, 268 y 277 de la Constitución.

Mediante Auto del 27 de junio de 2018[1], la Magistrada Ponente admitió el cargo dirigido contra el artículo 55 (parcial) de la Ley 1341 de 2009, por violación del artículo 209 de la Constitución (desconocimiento de los principios de la función administrativa). En la misma providencia se inadmitieron los demás reproches presentados, en vista de que los accionantes incumplieron los presupuestos de certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. No obstante, se les concedió tres días a los accionantes para que corrigieran su demanda.

Dentro del término de ejecutoria, mediante correo electrónico enviado a la Secretaría General de la Corte el 5 de julio de 2018, los demandantes presentaron la corrección de la demanda.

El 19 de julio de 2018, teniendo en cuenta que a primera vista la corrección satisfizo los requisitos mínimos, la Magistrada sustanciadora admitió los cargos contra el artículo 55 (parcial) de la Ley 1341 de 2009 en relación con la supuesta violación de los artículos 6º,

13, 121, 122, 123, 125, 210, 267 y 277 de la Constitución.

En consecuencia, mediante Auto del 19 de julio de 2018[2], se ordenó: (i) fijar en lista la norma parcialmente acusada para garantizar la intervención ciudadana; (ii) correr traslado al Procurador General de la Nación, para lo de su competencia; (iii) comunicar el inicio del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones, al Director del Departamento de Planeación Nacional y a la Superintendencia de Industria y Comercio; e (iv) invitar a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y a las facultades de Derecho de las Universidades de los Andes, Externado de Colombia, Nacional de Colombia, Libre Seccional Bogotá, de Nariño, de Antioquia, de Caldas, y a los Grupos de Acciones Públicas de la Pontificia Universidad Javeriana y del Rosario, para que, si lo consideraban oportuno, intervinieran en este asunto para defender o atacar la constitucionalidad de las disposiciones demandadas.

Así mismo, de acuerdo con lo previsto en el Auto 305 de 2017[3], se suspendieron los términos del proceso de constitucionalidad de la referencia sin perjuicio de que, durante el término de suspensión, se recibieran escritos ciudadanos de intervención y el concepto del Ministerio Público.

La suspensión de términos fue levantada por la Sala Plena mediante Auto 816 del 12 de diciembre de 2018.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo concepto de la Procuraduría General de la Nación, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LAS NORMAS DEMANDADAS

A continuación, se transcribe el texto de las disposiciones parcialmente acusadas y se subrayan los apartes demandados:

(julio 30)

Diario Oficial No. 47.426 de 30 de julio de 2009

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 55. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PROVEEDORES DE REDES Y SERVICIOS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. Los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado”.

III. LA DEMANDA

David Suárez Tamayo y Alejandra Pasqualotto presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 55 (parcial) de la Ley 1341 de 2009, por la presunta vulneración de los artículos 6°, 13, 121, 122, 123, 125, 209, 210, 267, y 277 -numerales 5° y 6°- superiores.

Primer Cargo. Omisión legislativa relativa por desconocimiento de las formas de organización, integración y composición de capital que podrían tener los proveedores TIC's -artículo 210 superior-

Para los accionantes, en la medida en que la expresión demandada somete todos los actos y contratos de los proveedores de redes y servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC's) a las disposiciones de derecho privado, sin importar la composición de su capital, “desconoce las diferentes formas de organización, integración y de composición de capital que podrían tener dichos proveedores”[4].

Dicho desconocimiento, en concepto de los demandantes, es aún más grave cuando las

empresas están compuestas de un capital público entre el 50 y el 100%. En estos casos, las entidades conforman el sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva (en virtud de los literales f y g del artículo 38 de la Ley 489 de 1998[5]), por lo que, de conformidad con el artículo 39 de la Ley 489 de 1998[6], conforman la administración pública.

Por ello, a su parecer, para los casos en que se trata de entidades públicas descentralizadas, cuando se someten al régimen del derecho privado, se viola el artículo 210 de la Constitución, al contrariar los principios que orientan la actividad administrativa.

Señalan que los principios de la actividad administrativa, que se desprenden de los artículos 6°, 29, 121, 122, 123, 209 y 210 de la Constitución, concretamente en los principios de legalidad, debido proceso, publicidad de las actuaciones, contradicción, transparencia, imparcialidad, moralidad, selección objetiva de contratistas, entre otros, no están contemplados en el derecho privado.

En consecuencia, advierten que la situación descrita incurre en una omisión legislativa relativa[7], “dado que el legislador no distinguió los diferentes tipos de proveedores que pueden existir”[8]. Por ello, solicitan que: (i) se declare inexecutable la expresión acusada y se exhorte al legislador para que en un tiempo razonable clasifique debidamente los tipos de proveedores de redes y servicios que existen según su composición accionaria o de capital; o (ii) se declare la constitucionalidad condicionada de la expresión, como se hizo en un debate similar en la Sentencia C-671 de 1999, “bajo el entendido de que las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género”[9].

Para sustentar lo precedente, citan la Sentencia C-722 de 2007, que a su vez reitera la Sentencia C-629 de 2003, en la cual se establece que de conformidad con el artículo 210 de la Constitución, de manera específica compete al legislador determinar el régimen jurídico de las entidades descentralizadas. Lo que entraña, entre otros aspectos, la precisión de cuáles de los organismos enunciados constitucionalmente conforman tal categoría administrativa y jurídica, la determinación de funciones generales, la organización básica

interna, el régimen de la actividad, de los actos y contratos, la responsabilidad de sus directores y gerentes y las interrelacionadas con los demás órganos del Estado y de la administración.

Así mismo, sostienen que para poder analizar si el artículo 55 de la Ley 1341 cumple o no los principios que rigen la función administrativa y de gestión y control fiscal es necesario que los cargos abarquen de forma integral los artículos 209, 210, 6º, 121, 122, 123, 124 y 125 de la Constitución. Así, aseveran que los principios de la actividad administrativa se fundamentan en tales artículos que consagran los principios de legalidad, debido proceso, publicidad, contradicción, transparencia, imparcialidad, moralidad, selección objetiva de contratistas y por mérito, al igual que contemplan el régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades.

Por lo anterior, afirman que

“[C]uando el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 somete a los proveedores de redes y servicios de las TIC’s a un régimen de derecho privado, esto excluye a dichas entidades del cumplimiento de dichos principios, y con ello vulnera el mandato del artículo 210 de la Constitución, según el cual las entidades descentralizadas deben estar sometidas y regidas por los principios propios de la actividad administrativa”[10].

Segundo Cargo. Desconocimiento de los principios de la función administrativa –artículo 209 superior-

Posteriormente, los demandantes plantean que la expresión acusada viola el artículo 209 de la Constitución, al “dejar por fuera” de la norma demandada los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad contenidos en el mencionado artículo, ya que los mismos no son vinculantes en el régimen del derecho privado.

Sostienen, además, que el artículo 10 de la misma normativa establece que la provisión de redes y servicios de las TIC’s es un servicio público bajo la titularidad del Estado, luego no es solo una actividad empresarial, comercial y privada, sino que tiene connotaciones de carácter público. En este sentido, consideran que se deben respetar determinadas normas y disposiciones propias del derecho público administrativo.

De esta forma, argumentan que las anteriores calidades implican que no se puede permitir ni avalar “una trasgresión a un presupuesto constitucional como es el sometimiento a los principios de la función administrativa y debido a su naturaleza de entidad pública descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, cuando se está ante una sociedad pública o de economía mixta con capital mayoritariamente público”[11].

Teniendo en cuenta lo anterior, solicitan que en caso de no declarar la “inexequibilidad, [se] declare una exequibilidad condicionada, donde [se] advierta que también deben cumplir y respetar normas y principios de derecho público-administrativo”[12] y subrayan que no se puede permitir que este tipo de entidades celebren contratos sin procesos de selección objetiva, es decir, “contraten a dedo”.

En conclusión, sostienen que la norma acusada, sobre todo en el caso de las empresas cuyo capital es mayoritariamente público (más del 50% de participación estatal), vulnera el artículo 209 superior, en vista de que el legislador omitió señalar el régimen de controles y responsabilidades de la función administrativa, al someter las empresas al régimen del derecho privado. Estos controles, a juicio de los ciudadanos, no se aplican a los proveedores de las TIC's por cuenta de la disposición acusada que permite una “huida total y absoluta al derecho público-administrativo”[13].

Tercer Cargo. Violación del artículo 13 superior causada por el supuesto desconocimiento de la clasificación de los servidores públicos (artículos 6°, 123 y 125 superiores).

En la tercera censura, los accionantes consideran que las expresiones demandadas exceptúan de la aplicación de las normas de derecho público sobre contratación, régimen laboral y disciplinario, a quienes se vinculen a proveedoras de las TIC's, entidades públicas y sociedades de economía mixta con capital público mayoritario.

Señalan los demandantes que la norma parcialmente acusada, en la medida en que dispone la aplicación del derecho privado en el ámbito laboral, permite que las personas que trabajan en esas entidades se rijan por el Código Sustantivo del Trabajo sin manifestar nada sobre cuál es la naturaleza de las personas que trabajan en tales entidades; si se trata de empleados públicos[14] o trabajadores oficiales.

Los ciudadanos afirman que, cuando la norma establece que el régimen laboral de estas

empresas proveedoras de TIC's es el del derecho privado, excluye del régimen disciplinario a los empleados de estas, que se encontrarán sometidos al reglamento interno de trabajo exclusivamente.

Así, resaltan los ciudadanos que, al considerar a los trabajadores de estas entidades como particulares, se les excluye de los controles pertinentes, como por ejemplo el disciplinario, contemplado en “los artículos 118 y 227 numerales 5 y 6. En efecto, si se les considera particulares quedarían por fuera de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único”[15].

Añaden que esta demanda es una oportunidad para corregir y ampliar lo dicho en la Sentencia C-338 de 2011. Por tanto, centran el problema en que la norma puede interpretarse en el sentido de que como los trabajadores son particulares, a quienes se les aplicó el Código Sustantivo del Trabajo, se les excluye del régimen de responsabilidad disciplinaria.

De tal manera, recalcan que otra consecuencia de dicha excepción, es que la selección y contratación del personal de estas empresas proveedoras de TIC's se hará bajo las reglas del derecho privado, por lo que “no existirá carrera administrativa, no hay procesos de selección objetivos, no se vincula por méritos”[16] y, en ese sentido, la norma vulnera los artículos 6º, 13, 123 y 125 superiores. Así pues, piden que:

“[L]a Corte se pronuncie para resolver esta situación, a través de la declaratoria de exequibilidad condicionada en la cual no se ataca la norma acusada, sino una interpretación de la misma, que no solo es equivocada, sino que además, tampoco se muestra que sea invencible, al punto que se requiera de un pronunciamiento de la Corte Constitucional para fijar su sentido”[17].

Los accionantes presentan tres argumentos relacionados con este cargo. En primer lugar, señalan que no se trata de una interpretación subjetiva de la norma, pues es algo “que [viven] todos los días ante las diferentes entidades de este género”[18].

Adicionalmente, manifiestan que cuando la norma determina que:

“[E]l tema de personal-laboral es de derecho privado, significa que estas empresas se regulan por el Código Sustantivo del Trabajo, y dentro de este Código se señala que las

faltas y procedimientos para sancionar a los trabajadores se señalaran en el respectivo Reglamento del Trabajo. Es decir, en materia de derecho privado, el régimen disciplinario hace parte de la relación de trabajo, y por tanto, está regulado en los respectivos reglamentos de trabajo de cada empresa; y de ahí entonces quedarían excluidos del Código Disciplinario Único aplicable a todos los servidores públicos”[19].

Lo anterior, en su concepto, viola el derecho a la igualdad, toda vez que mientras los servidores públicos se someten a la ley disciplinaria, los que trabajen en un proveedor de TIC's, así sean entidades 100% públicas, se excluyen de este régimen y se rigen por el régimen disciplinario que determine la empresa en su reglamento de trabajo.

En segundo lugar, afirman que se trata de una omisión legislativa relativa toda vez que el legislador cumplió parcialmente el mandato de los artículos 123, 124 y 210, pero dejó aspectos sin desarrollar.

En tercer lugar, precisan que al aplicarse el régimen privado de los trabajadores, la vinculación de los trabajadores se hace mediante contrato de trabajo, con lo que se excluye la carrera administrativa, inclusive en los casos en que se trate de empresas 100% estatales.

Por lo anterior, sostienen que esa diferencia en el tratamiento de los trabajadores viola los artículos 13, 123 y 125 ya que el artículo 123 establece que:

“[L]as personas que trabajen con el estado en sector centralizado y descentralizado, son servidores públicos. Y por su parte el artículo 125 dice que la regla en Colombia es que al estado se ingresa por carrera administrativa, por concurso de méritos, pero tal como quedó el artículo 55 de la Ley 1341, dicho mandato no se está cumpliendo, pues al someterse dichos proveedores al Código Laboral, no aplican carrera administrativa, así sean proveedores 100% estatales o con más del 50% de participación estatal”[20].

En consecuencia concluyen que se está ante un trato discriminatorio entre entidades públicas y servidores públicos, al excluirse de la carrera administrativa a los últimos.

IV.INTERVENCIONES

1. Departamento Nacional de Planeación[21]

El Departamento Nacional de Planeación solicita que la Corte Constitucional se INHIBA respecto a la acusación de fondo contra la norma demandada, por ausencia concreta de cargos. Antes de presentar las razones por las que considera que la demanda no cumple con los requisitos de procedibilidad, el interviniente defiende la constitucionalidad de la norma demandada y sustenta su solicitud como se explica a continuación.

En primer lugar, sobre la vulneración del artículo 210 de la Constitución, manifiesta el interviniente que “el citado artículo no dispone ni regula la creación de entidades públicas, y simplemente, establece una regla en cuanto al régimen que les será aplicable en materia de actos, contratos y operaciones de crédito, situación que está permitida por la Constitución”[22].

Así las cosas, para el interviniente, no se evidencia la omisión legislativa relativa que argumentan los demandantes en la medida en que los elementos que a su juicio no fueron incluidos en el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 deben ser desarrollados en las normas que creen o modifiquen entidades públicas o mixtas y que tengan por objeto la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones. No obstante, en vista de que la norma demandada no crea entidades públicas con esas características, no se evidencia la omisión legislativa alegada.

En segundo lugar, respecto a la presunta vulneración del artículo 209 superior, el interviniente recalca que la definición de un régimen de derecho privado para los actos y contratos de las entidades públicas que sean prestadores de redes y servicios de telecomunicaciones “no implica que estas se sustraigan de las normas constitucionales relativas a otros aspectos”[23].

En concepto del interviniente, el artículo 210 de la Constitución habilita al legislador para definir el régimen jurídico aplicable a las entidades de orden nacional descentralizadas por servicios que sean creadas con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa y la definición de un régimen de derecho privado para los actos, contratos y operaciones de crédito de las entidades públicas que eventualmente sean prestadores de redes y servicios de telecomunicaciones, no implica que estas se sustraigan de las normas constitucionales relativas a otros aspectos.

En tercer lugar, sobre la presunta vulneración del derecho a la igualdad de los funcionarios

sometidos a las normas de contratación pública, régimen laboral y disciplinario, manifiesta que esta situación no vulnera la Constitución en tanto “hace parte de la potestad legislativa definir condiciones especiales para determinadas entidades públicas”[24].

Por otro lado, llama la atención sobre los argumentos del escrito de subsanación, en el que los demandantes fundamentan la presunta vulneración en la hipotética desigualdad que surge por la aplicación de lo dispuesto en la Ley 734 de 2002 a los trabajadores de empresas de servicios públicos domiciliarios, mientras que a los trabajadores de entidades públicas proveedoras de redes y servicios de telecomunicaciones les sería aplicable el reglamento interno dispuesto por cada entidad. Sobre el particular, dice que:

“[D]e acuerdo con lo definido el artículo 44 de la Ley 734, el régimen disciplinario aplicable a todos los particulares que ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, administren recursos públicos u oficiales, así como a los particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias”[25] por lo que “contrario a la interpretación de los demandantes, no existe la desigualdad descrita, en tanto a los trabajadores de empresas de servicios públicos se les aplican las reglas definidas en los estatutos del prestador a menos que se trate del ejercicio de funciones públicas”[26].

Finalmente, sobre la aptitud de la demanda, manifiesta el interviniente que “el planteamiento de la parte actora no permite realizar con nitidez un cotejo de alguno de los cargos formulados con la Constitución. La demanda plantea una serie de percepciones, consideraciones o hipótesis de carácter subjetivo sin descender a la forma en la que se concreta esa violación”[27].

Solicita entonces el interviniente que la Corte se inhiba respecto a la acusación de fondo contra la norma demandada, por ausencia concreta de cargos y que, en subsidio, la norma se declare exequible.

2. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones[28]

El Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Procesos Judiciales y Extrajudiciales del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante MinTIC)

intervino en el trámite de la acción pública de inconstitucionalidad con el objetivo de solicitar a la Corte Constitucional que se declare la INHIBICIÓN por ineptitud sustantiva de la demanda.

Plantea que la demanda es inepta porque los demandantes no integraron la unidad normativa. Así, según el MinTIC sería necesario incluir las disposiciones que han modificado el artículo demandado y que guardan una relación inescindible con el precepto acusado como los artículos 262 de la Ley 1450 de 2011 y 73 de la Ley 1341 de 2009.

Sobre el artículo 262 de la Ley 1450 de 2011[29], manifiesta que el mismo modifica expresamente el artículo 55 demandado en lo que se refiere a las operaciones de crédito público y los actos y contratos de los proveedores de redes y servicios TIC's y, por tanto, "modifica de manera expresa el contenido normativo de la disposición contra la cual se formulan los cargos de inconstitucionalidad y no fue acusada por los actores, quienes, por tanto, no integraron la unidad normativa"[30].

Igualmente, considera que el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009[31] resuelve "buena parte de las pretendidas razones de inconstitucionalidad esgrimidas por los actores"[32]. Esto, por cuanto el inciso tercero de dicha norma establece específicamente que a las empresas que prestan servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia, no les será aplicable la Ley 142 de 1994, salvo lo establecido en los artículos 4º (carácter esencial del servicio), 17 (naturaleza jurídica de las empresas), 24 (régimen tributario), y el Título Tercero, artículos 41 al 43, sobre el régimen laboral de los trabajadores.

En segundo lugar, manifiesta el interviniente que la demanda es inepta porque los accionantes formulan los cargos contra un contenido normativo que no se desprende de la disposición acusada y es producto de una interpretación aislada y asistemática. Así, afirma que los demandantes:

"[P]arecen suponer que el legislador transformó las empresas de redes y servicios de telecomunicaciones con participación estatal en empresas privadas o creó un nuevo tipo de empresas, cuando de la lectura sistemática de la Ley 1341 de 2009, y de otras disposiciones a las cuales ya se hizo previamente alusión, queda claro que estas empresas continúan teniendo la naturaleza jurídica de empresas de servicios públicos oficiales, mixtas

o privadas de acuerdo con la participación estatal en el capital de su composición”[33].

Para el interviniente es muy claro, de la lectura de las normas anotadas, que las empresas proveedoras de redes y servicios de telecomunicaciones, cuando tengan participación estatal en su composición accionaria (pues el artículo 17 de la Ley 142 de 1994 sigue aplicándose para este tipo de empresas), tendrán la naturaleza de empresas públicas oficiales o mixtas.

En tercer lugar, sostiene que existe cosa juzgada constitucional sobre los cargos formulados por los demandantes, y se encuentra contenida en las Sentencias C-736 de 2007 y C-066 de 1997. Lo anterior porque, aunque no hay coincidencia exacta entre las disposiciones constitucionales supuestamente vulneradas, los cargos que formulan los demandantes concuerdan con los examinados por la Corte Constitucional. Así, considera que el régimen jurídico de los trabajadores de las empresas proveedoras de redes y servicios TIC’s ha sido definido por el legislador mediante una remisión legislativa, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional.

En cuarto lugar, considera que la demanda es inepta porque carece de certeza en la formulación del cargo respecto a la alegada vulneración del principio de igualdad y porque recae sobre disposiciones sobre las cuales se ha configurado el fenómeno de cosa juzgada constitucional.

De otra parte, argumenta que el tercer cargo carece de certeza por cuanto: (i) las empresas proveedoras de redes y servicios TIC con capital accionario estatal son empresas de servicios públicos; (ii) el cargo presentado por los demandantes compara trabajadores de empresas de servicios públicos con trabajadores privados y, dicha comparación, debería considerar que de conformidad con el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, los trabajadores de las empresas de redes y servicios TIC’s pueden ser trabajadores privados o trabajadores oficiales dependiendo de la participación accionaria estatal en su capital; (iii) los demandantes no integraron la unidad normativa y; (iv) entonces, los demandantes formularon su acusación contra un enunciado normativo incompleto y, adicionalmente, sobre el cual se ha configurado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

Por las razones anotadas, el MinTIC solicita a la Corte Constitucional que declare la inhibición por ineptitud sustantiva de la demanda o, en su defecto, declare exequible la

norma parcialmente acusada.

3. Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre[34]

El Observatorio solicita que se declare la EXEQUIBILIDAD de la norma demandada. Sustenta su solicitud en las Sentencias C-629 de 2003 y C-722 de 2007, de conformidad con las cuales concluye que “estas sociedades [de economía mixta] cuentan con características especiales para el desarrollo de sus actividades económicas que necesitan que su régimen sea diferente a las demás instituciones y organismos del Estado” y que “al haber potestad por parte del legislador para asignar un régimen a estas entidades, no genera ninguna vulneración a la constitución”.

4. Superintendencia de Industria y Comercio[35]

5. Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones -ANDESCO-[36]

La Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones -ANDESCO- intervino para solicitar la declaratoria de EXEQUIBILIDAD de la norma demandada.

Así, luego de resumir los cargos de la demanda, sugiere que:

“[L]a acción pública plantea un debate ya solucionado en el derecho público colombiano con relación a las condiciones de la descentralización por servicios. La demanda devuelve el reloj del derecho público a criterios rígidamente orgánicos de asignación de régimen jurídico, que son incompatibles con años de evolución doctrinal y jurisprudencial. (...) La propiedad pública no exige necesariamente la implementación de un régimen de derecho público; la prestación de un servicio público no exige tampoco la implementación del régimen público; y finalmente la contratación laboral de una empresa pública o cuasi pública que presta servicio público no tiene que encuadrarse necesariamente dentro de las reglas del derecho laboral administrativo, sino que puede válidamente operar bajo las reglas de derecho laboral ordinario que emplea el sector privado”.

6. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño[37]

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño intervino para

solicitar que se declare la EXEQUIBILIDAD del aparte demandado. Para sustentar su solicitud, la intervención repasa: (i) la interpretación constitucional sobre la naturaleza jurídica especial de las empresas de servicios públicos; y (ii) las reglas jurisprudenciales vigentes sobre el margen de configuración legislativa en materia de servicios públicos en el ordenamiento jurídico colombiano.

7. Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario[38]

El Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario intervino para solicitar a la Corte que declare la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de la norma parcialmente demandada en el entendido de que el legislador incurrió en una omisión legislativa al no considerar la composición de capital de las entidades descentralizadas por servicios.

Para sustentar su solicitud, la intervención presenta los siguientes argumentos:

“(i) según nuestro criterio, el legislador omitió definir y establecer en qué momento aquellas empresas prestadoras del servicio de redes para Tecnologías de la Información y Comunicaciones, estarían compuestas mayoritariamente por el capital estatal, es decir, determinar que en casos como estos, las empresas en mención, consideradas como entidades descentralizadas, deben estar sujetas bajo el cumplimiento de los principios del Estado, la intervención del derecho público, en lugar del derecho privado, (ii) si bien es cierto que existe libertad legislativa frente a la determinación del régimen aplicable a cada una de las entidades, no es posible ignorar las características de la composición del capital de las empresas so pena de violar la función pública y la igualdad y, (iii) la ley en referencia incurre en una omisión legislativa relativa, toda vez que en el artículo en mención no se especifican los casos en los cuales debe predominar la reglamentación del derecho Público Administrativo y no limitarse únicamente a la regulación por parte del derecho privado, dando lugar a vacíos e imperfecciones que conllevan a la vulneración de la Constitución respecto del artículo 209”.

8. Semillero de Acciones Públicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá[39]

El Semillero de Acciones Públicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá solicita que se declare la INEXEQUIBILIDAD de los apartes acusados, ya que esas previsiones vulneran los principios de la actividad administrativa y la finalidad social del Estado

consagrados en los artículos 210 y 365 constitucionales.

Para defender su argumento, señala que la norma atacada por los demandantes (i) vulnera el régimen jurídico aplicable a las entidades descentralizadas por servicios; y (ii) desconoce el deber de vigilancia y control en cabeza del Estado respecto a las entidades descentralizadas por servicios, consagrado en el artículo 365 superior.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO[40]

El Ministerio Público pide que se declare la EXEQUIBILIDAD de las expresiones demandadas.

Después de resumir los planteamientos de la demanda, aduce que la Corte debe resolver el siguiente problema jurídico: “¿La previsión legislativa según la cual el régimen de los actos y los contratos, incluidos los relativos al régimen laboral y las operaciones de crédito de las empresas proveedoras de tecnologías de la información y las comunicaciones es de derecho privado, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, vulnera los artículos 6º, 13, 118, 121, 123, 124, 125, 209, 210, 267, 268 y 277 de la Constitución Política?”

Para resolver las cuestiones planteadas, se pronuncia sobre la pertinencia de la determinación de la naturaleza jurídica de las empresas proveedoras de redes y servicios TIC's. Así, afirma que el artículo 262 de la Ley 1450 de 2011 dispuso que son empresas de servicios públicos oficiales y mixtas, al tiempo que el enunciado demandado dispone que se aplica el derecho privado para los actos, los contratos y el régimen laboral, con independencia de la composición accionaria.

Recuerda que “la Corte Constitucional en Sentencia C-736 de 2007 precisó que en virtud del amplio margen de configuración normativa, el Congreso puede establecer como regla general la aplicación de un régimen de derecho privado para las empresas de servicios públicos, con fundamento en su actividad, así como también el régimen de concurrencia con los particulares en que los servicios públicos son prestados”[41].

Por lo tanto, considera que no se opone a la Constitución la creación de entidades administrativas descentralizadas ni el sometimiento de estas a las normas de derecho

privado, por cuanto hacerlo es congruente con los principios de eficacia aplicables a la función administrativa y a la prestación de los servicios públicos.

Por su parte, respecto al tercer cargo en el que se alega la discriminación de los trabajadores por la diferencia en el régimen, el Ministerio Público manifiesta que “cabe señalar que la Corte Constitucional ha precisado que a pesar de la clasificación de servidores públicos y provisión de empleos públicos prevista en los artículos 123 y 125 de la Constitución, el legislador puede establecer nuevas clases de servidores públicos diferentes a las mencionadas en dichas normas, en virtud de lo dispuesto por el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución”[42].

También subraya que el hecho de que una empresa de servicios públicos oficial o mixta se rija por el régimen de contratación privada no implica que no deba guiarse por los principios que orientan el manejo de recursos públicos, ni que a sus trabajadores no se les aplique el régimen disciplinario de los servidores públicos. “Lo que ocurre es que, como en el régimen laboral, la aplicación de las disposiciones propias de la contratación pública podría suponer un obstáculo para la competencia en condiciones de igualdad con el sector privado”[43].

De manera que, según la Procuraduría, existe una razón constitucional para dar un tratamiento diferenciado a los servidores y a los contratos de los proveedores de las TIC's, la cual se explica en función de las actividades que realizan.

Por las razones expuestas, el Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad de la norma demandada por cuanto no encuentra contradicción alguna entre el precepto acusado y las normas constitucionales indicadas en la demanda como vulneradas.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. En virtud de lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 241 de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda formulada en contra del artículo 55 (parcial) de la Ley 1341 de 2009, pues hace parte de una ley de la República que es acusada por su contenido material.

Consideraciones previas

2. Para determinar si es posible abordar el debate constitucional propuesto en la demanda de la referencia, la Sala debe precisar tres cuestiones preliminares, en vista de los argumentos expuestos por los demandantes y los intervinientes.

El primero de ellos es la aptitud sustantiva de la demanda para producir un debate constitucional, pues el MinTIC y el DNP consideran que la misma no plantea ningún cargo claro, cierto, pertinente y suficiente respecto del concepto de la violación.

En segundo lugar, deberá analizarse si las acusaciones convocan a un análisis sobre el apartado normativo demandado o si lo trascienden y se cumplen los requisitos que permiten a la Corte hacer una integración normativa. Específicamente, la Sala evaluará la necesidad de integrar la unidad normativa con: (i) la totalidad del artículo 55 demandado, así como (ii) con el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009 y el artículo 262 de la Ley 1450 de 2011, disposiciones que, según el MinTIC, “guardan una relación inescindible con el precepto acusado”. Este aspecto solo será afrontado en caso de que la Sala constate la existencia de al menos un cargo de inconstitucionalidad.

Finalmente, respecto de las Sentencias C-066 de 1997[44] y C-736 de 2007[45], en relación con las cuales el MinTIC señala la posible existencia de una cosa juzgada constitucional, la Sala deberá precisar si la misma se configura o no en este caso, para verificar si tiene la facultad de evaluar el fondo de las acusaciones formuladas en la demanda.

Una vez se hayan verificado los anteriores elementos y, de ser procedente, la Corte planteará los problemas jurídicos y realizará el estudio de fondo de la demanda en referencia.

Aptitud sustantiva de la demanda

3. La Sala Plena advierte que el MinTIC y el DNP solicitaron a la Corte declararse inhibida para fallar, pues consideran que la demanda no cumple los presupuestos de claridad, certeza, pertinencia y especificidad en el desarrollo del concepto de la violación.

4. El artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 señala los elementos que deben contener las

demandas en los procesos de control de constitucionalidad[46]. Específicamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una disposición determinada debe precisar: el objeto demandado, el concepto de la violación y la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto. La concurrencia de los tres requerimientos mencionados hace posible un pronunciamiento de fondo.

5. En cuanto al concepto de la violación, la jurisprudencia ha sido constante[47] en manifestar que los argumentos de inconstitucionalidad que se prediquen de las normas acusadas deben ser claros, esto es, que exista un hilo conductor en la argumentación que permita comprender el contenido de la demanda y las justificaciones que la sustentan; ciertos, pues la demanda habrá de recaer sobre una proposición jurídica real y existente; específicos, en la medida que el ciudadano precise la manera cómo la norma acusada vulnera la Constitución y formule al menos un cargo concreto; pertinentes, ya que el reproche debe fundarse en la real contraposición de una norma superior respecto de una de contenido legal, mas no en su aplicación práctica o hipotética; y suficientes, por cuanto el demandante debe exponer todos los elementos de juicio necesarios para iniciar el estudio y estos deben generar alguna duda sobre la constitucionalidad de la disposición acusada.

6. En el caso de cargos por violación de la igualdad, ya sea porque las normas excluyan o incluyan de manera inconstitucional a grupos o a individuos, la jurisprudencia ha sistematizado los presupuestos necesarios para considerar el cargo apto y generar una mínima duda constitucional. En el caso de un alegato en torno a tratos diferenciados, la Sentencia C-257 de 2015[48] dijo:

“Además de los requisitos generales, como lo reiteró la sentencia C-283 de 2014, una demanda de inconstitucionalidad por violación del derecho a la igualdad debe cumplir unos presupuestos específicos para activar el control de constitucionalidad, que básicamente tendrá la estructura de un test de comparación. Estos elementos son: i) los términos de comparación –personas, elementos, hechos o situaciones comparables- sobre los que la norma acusada establece una diferencia y las razones de su similitud[49]; ii) la explicación, con argumentos de naturaleza constitucional, de cuál es el presunto trato discriminatorio introducido por las disposiciones acusadas y iii) la exposición de la razón precisa por la que no se justifica constitucionalmente dicho tratamiento distinto, es decir por qué es desproporcionado o irrazonable[50]. Esta argumentación debe orientarse a

demostrar que “a la luz de parámetros objetivos de razonabilidad, la Constitución ordena incluir a ese subgrupo dentro del conglomerado de beneficiarios de una medida”[51].

7. La adecuada presentación del concepto de la violación permite a la Corte, junto con otros aspectos que la jurisprudencia ha delimitado, desarrollar su función en defensa de la Constitución en debida forma, pues circunscribe el campo sobre el cual hará el respectivo análisis de constitucionalidad. Esta carga mínima de argumentación que debe exponer el ciudadano resulta indispensable para adelantar el juicio, a pesar de la naturaleza pública e informal que caracteriza a la acción de inconstitucionalidad. De no atenderse dicho presupuesto podría generarse la inadmisión de la demanda, su posterior rechazo de no subsanarse, o un fallo inhibitorio por ineptitud sustancial del escrito con el que se pretende incoar la acción, que es lo que en este asunto pretenden los intervinientes anotados. Estas consecuencias no implican una restricción de los derechos políticos de los demandantes, pero sí el establecimiento de elementos que informen adecuadamente al juez constitucional para proferir un pronunciamiento de fondo[52].

8. Como se precisó, los demandantes propusieron tres cargos contra la norma acusada: (i) el primero, consistente en la supuesta omisión legislativa relativa por el desconocimiento de las formas de organización, integración y composición del capital que podrían tener los proveedores de redes y servicios TIC's consagrados en el artículo 210 superior; (ii) el segundo, consistente en una supuesta omisión legislativa relativa por el desconocimiento de los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución; y (iii) el tercero, por violación del artículo 13 superior, por considerar que las expresiones demandadas discriminan a los servidores públicos por el sometimiento de su relación laboral al régimen de derecho privado.

9. Como quiera que los primeros dos cargos propuestos por los demandantes tienen que ver con la supuesta omisión legislativa por el desconocimiento de los principios de la función administrativa, y la consecuente vulneración de los artículos 209 y 210 de la Constitución, es necesario precisar los cargos cuya aptitud se analizará.

En el primer cargo, los accionantes afirman que la expresión demandada vulnera el artículo 210 superior porque desconoce los principios de la función administrativa (consagrados en los artículos 6°, 29, 121, 122, 123, 209 y 210 de la Constitución) al

someter todos los actos y contratos de los proveedores de redes y servicios TIC's a las disposiciones de derecho privado, independientemente de la composición de su capital (es decir, sin importar si se trata de entidades del sector descentralizado por servicios que, en virtud del artículo 39 de la Ley 489 de 1998, conforman la administración pública y deben orientarse por los principios de la función administrativa).

Por su parte, en el segundo cargo, los demandantes afirman que la expresión demandada “deja por fuera” u omite los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de contenidos, razón por la que supuestamente incurre en una omisión legislativa que vulnera el artículo 209 de la Constitución.

10. Este Tribunal de forma reiterada y pacífica ha establecido que, en determinadas situaciones, el legislador puede desconocer la Constitución Política por omisión cuando no regula los asuntos sobre los que tiene una obligación de hacer específica y concreta impuesta por la Constitución[53]. Por ello, de manera excepcional, el silencio relativo del legislador puede ser objeto de control jurisdiccional por medio de la acción pública de inconstitucionalidad[54]. No ocurre lo mismo en el caso de una omisión legislativa absoluta, para cuyo conocimiento la Corte no es competente[55].

Las omisiones legislativas relativas se presentan cuando el legislador “al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa”[56].

Sobre el particular, esta Corporación ha explicado que las omisiones legislativas relativas pueden ocurrir de distintas formas, a saber: “(i) cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; (ii) cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y (iii) cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución”[57].

11. En ese sentido, la labor del juez constitucional en relación con el control judicial de las omisiones legislativas es la de hacer cumplir una exigencia derivada del texto constitucional, cuya falta de previsión genera una norma implícita de exclusión que

desconoce un deber predeterminado del legislador impuesto por la Constitución. La Corte ha establecido una serie de requisitos que debe satisfacer una demanda de inconstitucionalidad cuyo cargo sea la omisión legislativa relativa[58]. No cumplir con estos requisitos implica incumplir con una carga de argumentación necesaria para satisfacer la aptitud de la demanda.

Así, en la Sentencia C-352 de 2017[59], la Corte recordó que, cuando se presenta una demanda de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, el demandante tiene una carga argumentativa más exigente. En ese sentido, esta Corporación ha establecido tres presupuestos[60] para este tipo de cargos:

“(i) señalar la norma jurídica sobre la cual se predica la omisión, además se debe argumentar con claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, (ii) por qué el texto señalado alberga el incumplimiento de un deber específico consagrado en la Carta, y, a partir de ello, (iii) cuáles son los motivos por los que se considera que se configuró la omisión”[61].

12. En el presente caso la Sala constata que existe una norma sobre la cual se predica una presunta omisión, esto es, el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009. Los demandantes señalan que, al establecer que los proveedores de redes y servicios TIC’s se regirán por el derecho privado, la disposición acusada excluye de sus consecuencias jurídicas la aplicación de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de contenidos en los artículos 209 y 210 superiores.

Sin embargo, los accionantes no demostraron con sus argumentos que dicha exclusión es una consecuencia necesaria de la disposición acusada, ni que la supuesta omisión carece de una razón suficiente, ni que surge del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

13. En cambio, de la argumentación planteada en los dos primeros cargos se desprende que los accionantes lo que atacan materialmente es la contraposición de la expresión acusada respecto a los artículos 209 y 210 de la Constitución, que determinan los principios de la función administrativa.

Así pues, desde el punto de vista material, el reproche planteado se concreta en que el

artículo 55 (parcial) de la Ley 1341 de 2009, al establecer que todos los actos y contratos, de todos los proveedores de redes y servicios TIC's, sin importar la composición de su capital, se rigen por el derecho privado, excluye la aplicación de los principios de la función administrativa.

14. Ahora bien, en vista de que las razones del segundo cargo son también razones para sustentar la supuesta omisión legislativa relativa por el desconocimiento de los principios de la función administrativa en la expresión demandada (primer cargo), y teniendo en cuenta que los demandantes solicitan expresamente en su escrito de subsanación que “si se sigue considerando que para efectos de cargos primero y tercero no se está frente a una omisión legislativa, entonces solicitamos muy respetuosamente que se elimine eso de nuestros cargos, y en su lugar la corte haga una lectura útil de nuestra demanda, y en tal sentido asuma el conocimiento de la demanda del artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, de manera integral frente a los artículos 6º, 121, 122, 123, 124, 125, 209, 210, 267, 277 y se pronuncie de manera expresa frente a los problemas planteados en la demanda y su corrección”[62], esta Sala considera que los dos cargos son, en realidad, uno sólo y que no está relacionado con la alegada omisión legislativa relativa por el supuesto desconocimiento de los principios de la función administrativa en la expresión demandada, sino con la contraposición entre la disposición demandada y los artículos 209 y 210 de la Constitución.

Así pues, de lo explicado se deriva que en realidad los demandantes no han planteado dos cargos distintos, sino uno del cual alegan se deriva la vulneración de dos normas constitucionales: los artículos 209 y 210 superiores.

15. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala encuentra que, a partir de las razones expresadas por los actores para cada uno de los cargos, en realidad debe llevar a cabo el análisis de aptitud respecto a dos cargos: (i) la censura por el desconocimiento de los principios de la función administrativa (violación de artículos 209 y 210 superiores), y (ii) el cargo por la violación del artículo 13 superior causada por el supuesto desconocimiento de la clasificación de los servidores públicos (artículos 6º, 123 y 125 superiores).

Análisis de aptitud del primer cargo: desconocimiento de los principios de la función administrativa -violación de los artículos 209 y 210 superiores-

16. En relación con el primer cargo, la Sala encuentra que es claro porque se puede

comprender el contenido y las justificaciones de los demandantes, que aducen que la norma atacada viola los artículos 209 y 210 de la Constitución al establecer que todos los actos y contratos, de todos los proveedores de redes y servicios TIC's, sin importar la composición de su capital, se rigen por el derecho privado. Al hacerlo, la norma presuntamente excluye la aplicación de los principios de la función administrativa a empresas con capitales públicos superiores al 50%. Estas, serían entidades descentralizadas que hacen parte de la administración pública, por lo que someterlas al derecho privado vulneraría el artículo 210 superior, que no contempla la orientación por los principios de la administración pública de sus actuaciones.

17. También cumple el requisito de certeza, debido a que censura el contenido de la norma como tal, en la que se establece que dichas entidades tendrán un régimen exclusivo de derecho privado independientemente de la composición de los capitales, de lo cual se deriva plausiblemente, como lo señalan los actores, la consecuencia jurídica que es cuestionada en el caso de aquellas empresas con más del 50% de capital público.

18. Así mismo, el cargo es específico por cuanto los demandantes exponen la forma en la que la disposición acusada supuestamente desconoce las normas superiores invocadas. En particular, indican que la previsión de un régimen exclusivamente privado para las entidades que hacen parte del sector descentralizado por servicios ignora que dichas entidades también deban regirse por los principios que orientan la función pública, pues esa es una exigencia constitucional.

19. La Sala también advierte la pertinencia de la censura, en vista de que el reproche sí tiene naturaleza constitucional, los actores identificaron las normas superiores relacionadas con los principios que rigen la función administrativa y su aparente obligatoriedad con respecto a las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios.

20. Por último, el reproche sí es suficiente, pues los demandantes presentaron elementos de juicio que despiertan una duda mínima sobre la inconstitucionalidad de la disposición acusada, tales como la necesidad de contemplar la composición del capital para establecer la previsión de la norma de un régimen exclusivo de derecho privado y el reconocimiento jurisprudencial sobre la aplicación de los principios de la función administrativa por parte de

las sociedades de economía mixta.

Análisis de aptitud del segundo cargo: violación del artículo 13 superior causada por el supuesto desconocimiento de la clasificación de los servidores públicos -artículos 6º, 123 y 125 superiores-.

21. En relación con el segundo cargo, esta Sala advierte que es claro porque sigue un hilo conductor que permite comprender su alcance. En particular, los demandantes señalaron que el artículo 123 superior clasifica a los trabajadores de las entidades descentralizadas por servicios como servidores públicos y, en contraste, la norma cuestionada considera a los trabajadores de los proveedores de servicios TIC's como particulares, a pesar de que -dependiendo de la composición del capital- podrían corresponder a ese tipo de entidades.

22. El cargo también es específico, porque da cuenta de una oposición objetiva entre la disposición demandada y la Carta Política. En efecto, los demandantes afirman que su reproche constitucional tiene que ver con el silencio del legislador en relación con la categoría de los trabajadores de dichas empresas, así como con la inferencia según la cual someter los contratos al derecho privado implicaría que no podrían tener el tratamiento de servidores públicos, por lo que estiman que la norma establece una distinción injustificada entre estos trabajadores y los demás de las entidades descentralizadas.

23. Sin embargo, se advierte que este cargo no es pertinente, suficiente ni cierto. En primer lugar, la censura no cumple el requisito de certeza, por cuanto no cuestiona el contenido real de la norma. El artículo demandado no establece el carácter de los trabajadores de dichas empresas, sino que se limita a disponer que se regirán por las normas del derecho privado sin afirmar que los trabajadores tendrán el carácter de trabajadores particulares, por ello el reproche parte de una suposición equivocada.

24. Adicionalmente, el segundo cargo no es pertinente porque, aunque el reproche se construye sobre el desconocimiento de una clasificación de índole constitucional, la norma demandada no contradice dicha clasificación directamente (porque no categoriza o identifica a los trabajadores de los proveedores TIC's de ninguna manera particular).

25. También, como ya se indicó, los cargos por violación del derecho a la igualdad tienen unos requisitos de aptitud sustancial específicos para ser suficientes que en este caso no

fueron satisfechos. En efecto, los demandantes tenían la carga de determinar por qué las dos categorías de empleados debían asimilarse. Esto porque en la demanda plantearon las categorías y el criterio de comparación, pero no explicaron cómo debían ser asimilables las dos categorías, ni justificaron por qué el trato era discriminatorio.

26. En conclusión, en cuanto al segundo cargo, este carece de certeza, especificidad y suficiencia ya que se desprende de una interpretación subjetiva y propia que hacen los demandantes de la norma acusada y se dirige contra las implicaciones de esa interpretación. Según la demanda, el hecho de que el régimen aplicable para los proveedores de redes y servicios TIC en materia laboral sea el privado, es decir, que los empleados de las empresas o entidades que presten los servicios ampliamente referidos se rijan por lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo, implica que son trabajadores particulares. En su concepto, esa caracterización hace que estén exentos del régimen disciplinario que cubre a los empleados y trabajadores públicos, a partir de lo cual argumentan una violación de la Constitución.

Sin embargo la premisa de la cual parte el cargo es falsa, por cuanto no es cierto que la fijación del régimen particular dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo traiga implicada la exención disciplinaria. Basta leer los artículos 25, 26 y 53 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) para entender que hay muchos matices y que la regla general, contrario a la interpretación subjetiva de los demandantes, es que el régimen disciplinario se aplica a los particulares que ejerzan funciones públicas, así como a los que prestan servicios públicos.

27. Para la Sala es claro que el reproche se dirige en contra de una suposición de las implicaciones de la norma y no cuestiona su contenido. La expresión acusada no señala que los empleados de empresas estatales que presten servicios TIC no tiene la naturaleza de trabajadores o servidores públicos y no están sujetos al régimen disciplinario de los mismos.

De esta forma, no se entiende cómo de la sujeción a un régimen particular en materia de actos y contratos se desprenda la exclusión de las normas disciplinarias cuando se trata de dos asuntos diferentes.

En tal sentido, los demandantes asumen que el sometimiento al derecho privado en materia laboral delimita la calidad de trabajadores particulares y no explican, por ejemplo, por qué

su calidad no se desprende de la naturaleza de la entidad o de las funciones que realizan. Más allá, a partir de esa conclusión llegan a otra interpretación, -la exclusión de la aplicabilidad de las normas disciplinarias- sobre la cual plantean su cargo de inconstitucionalidad. Sin embargo, si no es cierta la premisa de la cual parte el cargo por violación del artículo 13 superior no es posible realizar un juicio de igualdad.

28. Con base en esas consideraciones sólo es apto el primer cargo y sobre el mismo se pronunciará esta Sala.

Necesidad de hacer uso de la integración normativa

29. De conformidad con el artículo 241 superior, a la Corte se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, “en los estrictos y precisos términos de este artículo”. Según el numeral 4º de la norma en cita, corresponde a esta Corporación decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, es decir que, por regla general, la evaluación constitucional de una ley debe ejercerse sólo por vía de acción, esto es, sólo si se presenta una demanda de inconstitucionalidad.

Ahora bien, aunque en principio esta Corporación no es competente para examinar de oficio todas las disposiciones legales, el inciso 3º del artículo 6º del Decreto 2067 de 1991 dispone que la Corte se pronunciará de fondo sobre las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales. En efecto, excepcionalmente este Tribunal puede conocer sobre la constitucionalidad de leyes ordinarias que no son objeto de control previo u oficioso, pese a que contra las mismas no se hubiere dirigido demanda alguna.

30. La jurisprudencia[63] ha señalado que la integración de la unidad normativa sólo es procedente en los siguientes eventos:

(i) Cuando un ciudadano demanda una disposición que no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que para entenderla y aplicarla es imprescindible integrar su contenido normativo con el de otro precepto que no fue acusado. Esta causal busca delimitar la materia objeto de juzgamiento, en aras de que este Tribunal pueda adoptar una decisión de mérito que respete la integridad del sistema.

(ii) En aquellos casos en los que la norma cuestionada está reproducida en otras disposiciones del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexequibilidad resulte inocuo y es una medida para lograr la coherencia del sistema jurídico.

(iii) Cuando el precepto demandado se encuentra intrínsecamente relacionado con otra norma que, a primera vista, presenta serias dudas sobre su constitucionalidad. Para que proceda la integración normativa en esta última hipótesis es preciso que concurren dos circunstancias: (a) que la disposición demandada tenga estrecha relación con los preceptos que no fueron cuestionados y que conformarían la unidad normativa; y (b) que las normas no acusadas parezcan inconstitucionales.

31. En el caso planteado, se tiene que la expresión parcial acusada no conforma en sí misma una proposición jurídica completa, sino que debe integrarse con el texto entero del artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, para que cobre sentido autónomo.

Así pues, los cargos de inconstitucionalidad se presentaron en contra de la expresión “cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado” prevista en el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, la cual no presenta un contenido deóntico completo. En efecto, el aparte individualmente considerado no tiene un sentido normativo pleno y la fijación de su alcance requiere acudir al resto de la norma en la que está incluida la expresión.

En ese sentido, es necesario destacar que sólo a partir de la integración de la totalidad del artículo demandado es posible definir el alcance de la disposición y entender los cargos propuestos por los demandantes, quienes cuestionan la fijación de un régimen exclusivo de derecho privado para todos los actos, contratos y actuaciones de los proveedores de las TIC's, por la exclusión de los principios de la función administrativa.

Como se advierte de la lectura del artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, los cargos no controvierten el contenido normativo que se deriva únicamente de la expresión acusada, sino una proposición jurídica completa, conformada por la restricción del régimen jurídico -exclusivamente de derecho privado-, el sujeto al que se dirige -proveedores de las TIC's- y el alcance de esa restricción -los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito-.

32. En consecuencia, la Sala integrará la totalidad del artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, en aras de que el examen recaiga sobre la totalidad de la disposición que materialmente fue demandada.

33. Al margen de lo anterior, la Sala considera que no es procedente integrar la unidad normativa con las disposiciones que, según el MinTIC en su intervención, “han modificado el artículo demandado y guardan una relación inescindible con el precepto acusado” en referencia al artículo 262 de la Ley 1450 de 2011 y el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009.

34. En primer lugar, en relación con el artículo 262 de la Ley 1450 de 2011[64], hay que resaltar que el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 demandado establece que las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, “cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital”, se regirán por el derecho privado.

35. Por su parte, el artículo 262 de la Ley 1450 de 2011 dispone que sin perjuicio de los demás actos y contratos a los que hace alusión el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, los actos y contratos previstos en el Decreto 2681 de 1993 a celebrarse por determinadas empresas, definidas en atención a su naturaleza jurídica y la composición de su capital social, se rigen por lo dispuesto en las normas sobre crédito público “aplicables a las entidades descentralizadas del correspondiente orden administrativo”.

Un dato relevante para definir el sentido de la norma demandada es el de sus destinatarios directos que, para el caso del artículo 262 de la Ley 1450 de 2011 son los que reúnan dos grupos de condiciones: (i) ser Proveedores de la Información y Comunicaciones; y (ii) tener la naturaleza jurídica de empresas de servicios públicos oficiales, mixtas, o contar con una participación directa o indirecta del Estado en un monto “superior” al 50% en su capital social. Estas entidades no pueden celebrar los actos o contratos de que trata el Decreto 2681 de 1993 sino acatando lo dispuesto en las normas sobre crédito público aplicables a las entidades descentralizadas del correspondiente orden administrativo. Dicho de otro modo, los destinatarios del artículo 262 son quienes adelantan “operaciones de crédito público, las operaciones asimiladas, las operaciones propias del manejo de la deuda pública y las conexas con las anteriores, de que trata el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993” (art 1 Decreto 2681 de 1993).

Este artículo, a diferencia de la norma demandada, establece algunos esquemas de control estatal –no presentes en el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009– al endeudamiento de los Proveedores de la Información y las Comunicaciones, cuando tengan la naturaleza jurídica de empresas de servicios públicos oficiales, mixtas, o cuenten con una participación directa o indirecta del Estado en un monto superior al 50% en su capital social.

36. A su turno, el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009[65] estipula las condiciones de vigencia y derogatorias de la Ley 1341 de 2009. Los artículos citados, si bien guardan relación con la materia analizada, en todo caso no tienen un vínculo inescindible, que obligue a pronunciarse sobre su constitucionalidad. En consecuencia, el análisis de la Corte se circunscribirá exclusivamente al artículo 55 demandado.

37. En síntesis, a partir de los cargos formulados por los actores y de acuerdo con las hipótesis desarrolladas por la jurisprudencia constitucional para la integración de la unidad normativa, la Sala integrará la totalidad del artículo 55, en aras de que el examen de constitucionalidad recaiga sobre los contenidos normativos completos que se cuestionan.

En el presente asunto no se configura la cosa juzgada[66]

38. El MinTIC llamó la atención en su intervención sobre la posible configuración de cosa juzgada constitucional, por lo que según dicha entidad, la Corte debía estarse a lo resuelto en las Sentencias C-736 de 2007 y C-066 de 1997.

Así, a juicio del interviniente[67], existe cosa juzgada constitucional respecto a los cargos formulados por los demandantes, de conformidad con las Sentencias C-736 de 2007 y C-066 de 1997. Lo anterior porque, aunque no hay una exacta coincidencia en las disposiciones constitucionales supuestamente vulneradas, los cargos que formulan los demandantes coinciden con los examinados por la Corte Constitucional en esas providencias.

39. De acuerdo con ello, le corresponde a esta Corporación establecer si sobre el artículo 55 de la ley demandada operó el fenómeno de la cosa juzgada.

40. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha establecido que la cosa juzgada tiene una “(...) función negativa, que consiste en prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo ya resuelto, y una función positiva, que es proveer seguridad a las

relaciones jurídicas”[68].

41. En la Sentencia C-744 de 2015[69] se reiteraron las reglas de verificación de la existencia de cosa juzgada, a partir de las cuales se establece que ésta se configura cuando:

“(i) se proponga estudiar el mismo contenido normativo de una proposición jurídica ya estudiada en una sentencia anterior; (ii) se presenten las mismas razones o cuestionamientos (esto incluye el referente constitucional o norma presuntamente vulnerada), analizados en ese fallo antecedente; y (iii) no haya variado el patrón normativo de control”[70].

42. Es decir, para que se constate el fenómeno se requieren tres elementos: (i) identidad de objeto; (ii) identidad de causa petendi; y (iii) subsistencia del patrón normativo de control[71].

43. Cabe reiterar que la cosa juzgada, como institución jurídico-procesal que protege la seguridad jurídica, es una categoría general del derecho que se regula de forma unitaria, sin perjuicio de que varíe dependiendo de la naturaleza del asunto.

Por ejemplo, en los casos de litigios concretos el tercer elemento se referirá a la identidad de partes. No obstante, en sede de control de constitucionalidad esa diferencia se traduce en los efectos de la decisión, que en este campo serán erga omnes, mientras que en otros serán, generalmente, inter partes.

44. En el asunto que se somete a consideración de la Corte no se estructura la cosa juzgada constitucional por tratarse de disposiciones normativas con sentidos diferentes a la que aquí se estudia.

45. En las tablas 1 y 2, a continuación, se presentan las normas demandadas que fueron analizadas en las sentencias señaladas por el MinTIC en comparación con el presente caso para facilitar su cotejo:

Tabla 1. Cotejo entre la norma demandada en la Sentencia C-066 de 1997 y el caso bajo examen.

Sentencia C-066 de 1997

Caso bajo examen

LEY 142 DE 1994

Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones

LEY 1341 DE 2009

Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.

“Artículo 27.3. (...)

“Artículo 27.7. Los aportes efectuados por la nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo a las empresas de servicios públicos, se regirán en un todo por las normas del derecho privado.

“Artículo 30. Principios de interpretación. (...)

“Artículo 31. Concordancia con el Estatuto General de la Contratación Pública. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y por la presente ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

(...)

“Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la

constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se registrarán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

“La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce.

“Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ella todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares.

“Artículo 35. Deber de buscar entre el público las mejores condiciones objetivas. (...)

“Artículo 37. Desestimación de la personalidad interpuesta. (...)

“Artículo 38. Efectos de nulidad sobre actos y contratos relacionados con servicios públicos. (...)

“Artículo 39. Parágrafo. Salvo los contratos de que trata el numeral 39.1, todos aquellos a los que se refiere este artículo se registrarán por el derecho privado. Los que contemplan los numerales 39.1, 39.2, y 39.3, no podrán ser cedidos a ningún título, ni podrán darse como garantía, ni ser objeto de ningún otro contrato, sin previa y expresa aprobación de la otra parte”.

ARTÍCULO 55. Régimen jurídico de los proveedores de redes y servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se registrarán por las normas del derecho privado”.

Tabla 2. Cotejo entre la norma demandada en la Sentencia C-736 de 2007 y el caso bajo

examen.

Sentencia C-736 de 2007

Caso bajo examen

“Decreto-ley 128 de 1976

“Artículo 1: Las normas del presente decreto son aplicables a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la nación o sus entidades posean el noventa (90%) o más de su capital social, y a los Gerentes, Directores o Presidentes de dichos organismos.

(...)

“LEY 489 DE 1998

“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:

“...

“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;

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.

(...)"

"Artículo 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

"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.

"Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

"Parágrafo 1°. 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.

(...)"

“Artículo 102. Inhabilidades e incompatibilidades. Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen”

“LEY 142 DE 1994

“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

“Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones

“...

“14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

“14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.”

LEY 1341 DE 2009

Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.

Artículo 55. Régimen jurídico de los proveedores de redes y servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las

Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado”.

46. La comparación de las normas permite descartar la configuración de la cosa juzgada formal, ya que las disposiciones examinadas en las sentencias citadas son formalmente distintas a la demandada en esta oportunidad. Por lo tanto, es evidente que los cargos que ahora examina la Sala Plena no se dirigen contra las mismas normas declaradas exequibles en las providencias en mención.

47. Ahora bien, la determinación de la cosa juzgada material exige evaluar tanto el contenido de las normas para establecer su identidad, como los cargos de inconstitucionalidad estudiados previamente.

En el presente caso, las normas contrastadas cambian la naturaleza jurídica de entidades en las que tiene participación el Estado, a través de fórmulas idénticas en relación con el régimen jurídico y la categorización de los servidores públicos. Sin embargo, estos elementos no son suficientes para concluir que se trata de las mismas disposiciones, debido a que: (i) se dirigen a destinatarios específicos y diferentes; y (ii) se expidieron en contextos diversos.

48. Finalmente, descartada la cosa juzgada material, la Sala considera necesario precisar que, en la medida en que las disposiciones acusadas y los cargos formulados guardan similitudes notables con los preceptos legales que fueron objeto de pronunciamiento en las sentencias anotadas, estas providencias constituyen un precedente para el caso bajo examen.

49. Así las cosas, la Sala concluye que no se configura la cosa juzgada constitucional y procede a delimitar su objeto de análisis y a pronunciarse sobre el fondo de este asunto.

Planteamiento del problema jurídico y esquema de resolución

50. Los demandantes aducen que el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 a través de la fijación de un régimen exclusivo de derecho privado para los actos y contratos de los prestadores de redes y servicios TIC's viola los artículos 209 y 210 de la Constitución

Política, debido a que excluye la aplicación de los principios de la función administrativa en la operación de las empresas que prestan servicios y redes TIC.

La Superintendencia de Industria y Comercio, la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones –ANDESCO-, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño y el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre, de forma principal, y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Departamento Nacional de Planeación, de forma subsidiaria, solicitaron la declaratoria de exequibilidad de la norma acusada. Lo anterior, debido a que consideran que el legislador tiene un amplio margen de configuración en el diseño de la estructura del Estado, el cual incluye la creación de sociedades de economía mixta y la definición tanto del régimen de derecho aplicable a tales empresas, como del tratamiento jurídico de sus trabajadores.

A su turno, el Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario solicitó que se declare la exequibilidad condicionada del artículo 55 acusado, en el entendido de que el legislador incurrió en una omisión legislativa, al no considerar la composición del capital de las entidades descentralizadas por servicios, y el Semillero de Acciones Públicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá solicitó se declare la inexequibilidad del artículo en cuestión, por vulnerar los principios de la actividad administrativa consagrados en el artículo 210 superior.

Por su parte, la Procuraduría General de la Nación solicitó que se declare la exequibilidad de los apartes acusados, pues, de un lado, es claro que los principios de la función administrativa siempre irradian la actuación de las entidades descentralizadas por servicios; y, de otro, porque el legislador tiene un amplio margen de configuración en el diseño de la estructura del Estado, el cual incluye la creación de sociedades de economía mixta y la definición del régimen de derecho aplicable a tales empresas y esta circunstancia no transgrede alguna prohibición de índole constitucional y responde a un fin legítimo, esto es, el adecuado ejercicio de las actividades comerciales de las empresas del sector descentralizado por servicios.

51. De conformidad con los cargos formulados por los demandantes la Corte Constitucional debe determinar si:

¿El artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, al fijar el régimen exclusivo de derecho privado para los proveedores TIC's, sin tener en cuenta la composición de capitales de los mismos, vulnera los artículos 209 y 210 de la Constitución que establecen los principios de la función administrativa?

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala seguirá la siguiente metodología: (i) especificará el sentido y alcance de la norma acusada; (ii) se referirá a los principios de la función administrativa; (iii) abordará el amplio margen de configuración del legislador en la organización administrativa del Estado; y (iv) precisará el concepto de la descentralización por servicios en la Constitución Política y sus consecuencias en la determinación del régimen jurídico de los proveedores TIC's. Finalmente, a partir de estas consideraciones generales, la Sala examinará la constitucionalidad de la disposición impugnada en virtud del cargo presentado.

Contexto y alcance de la norma acusada

52. La Ley 1341 de 2009, mediante la cual el legislador organizó la actividad de provisión de redes y servicios de TIC's, obedece a la formulación de una política pública sometida a un régimen de competencia, protección al usuario, garantía de la cobertura y calidad de los servicios, uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, entre otras cosas, para facilitar el “libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la sociedad de la información”, en los términos del artículo 1º de la misma norma.

En el artículo 2º se encuentran consagrados los principios orientadores de la mencionada ley así:

- “1. Prioridad al acceso y uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.
2. Libre competencia.
3. Uso eficiente de la infraestructura y de los recursos escasos.
4. Protección de los derechos de los usuarios.
5. Promoción de la inversión.

6. Neutralidad tecnológica.

7. El derecho a la comunicación, la información y la educación y los servicios básicos de las TIC.

8. Masificación del gobierno en línea”.

Por su parte, el artículo 6º define las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones como “el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes”.

Al mismo tiempo, el artículo 10 declara que la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones es un servicio público esencial (artículo 73, inciso 3º), cuyo titular es el Estado. “En estos términos, el efecto práctico de la ley en cuestión es que el sector de las TIC’s ya no se rige por la Ley 142 de 1994, de manera que ningún servicio que lo comprende, constituye, en adelante, un servicio público domiciliario, pero sí un servicio público no domiciliario [artículo 10]”[72].

Por su parte, el artículo 55, que se analiza, establece que todos los actos y contratos de los proveedores de redes y servicios TIC’s, independientemente de su naturaleza y de la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado. En tal sentido, la norma se conforma de dos partes. Una, se refiere a la naturaleza de diferentes negocios jurídicos y al régimen jurídico de los mismos (derecho privado) y, otra, señala la naturaleza genérica de las empresas que los celebra, a saber proveedores TIC’s.

53. La consagración del régimen de derecho privado para este tipo de actividades no se inauguró con la norma demandada. Así, el artículo 38 de la Ley 80 de 1993 (derogado expresamente por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009) referente al régimen especial de contratación de las entidades estatales que tienen por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, estableció un régimen especial de contratación para dichas entidades en relación con los contratos de adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen[73].

Como se advierte, el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 varía el régimen de contratación,

pues establece que los actos y contratos de los proveedores de redes y servicios de las TIC's, independientemente de su naturaleza de participación mayoritaria pública o privada, se registrarán por las normas de derecho privado.

Ahora, si bien la norma demandada cubre los actos y contratos de todos los tipos de "proveedores de redes y servicios TIC's", los argumentos de los demandantes se dirigen a afirmar que el establecimiento de un régimen jurídico de derecho privado para los proveedores de redes y servicios de las TIC's, cuyo capital sea mixto o público desconoce los principios de la función administrativa, por lo que es pertinente que la Sala se refiera a la naturaleza jurídica de los proveedores de redes y servicios de las TIC's.

(i) De la lectura integral de la Ley 1341 de 2009, se desprende con claridad que no se regula la naturaleza jurídica de los proveedores de redes y servicios, de manera que tampoco ofrece una definición sobre la clasificación de quiénes pueden prestarlos. Esta perspectiva se confirma con la lectura del artículo 55 demandado, que señala que "los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se registrarán por las normas del derecho privado" (negrita fuera de texto).

Por lo anterior, de la disposición se desprende que la naturaleza de los prestadores no es única, pues contempla la posibilidad de que existan varias. Así ha sido entendido por el Consejo de Estado[74], al afirmar que "la expresión "proveedor de bienes y servicios", no alude ni es una categoría especial o propia de los operadores de estos servicios, sino la identificación general de los distintos actores que se ocupan de las telecomunicaciones"[75]. De manera que la naturaleza de los diferentes proveedores de servicios TIC's dependerá de la forma que adopte cada uno de ellos.

(ii) De esta forma, la Sala entiende que este concepto abarca varias posibilidades[76]: (a) las empresas oficiales, que tienen capital 100% estatal, (b) las mixtas, que combinan el capital público con el privado, con participación de al menos el 50% de capital público, y (c) las privadas, que tienen capital 100% privado.

(iii) A su vez, las oficiales pueden adoptar dos naturalezas diferentes: ser sociedades por acciones, o convertirse en empresas industriales y comerciales del Estado en los términos

del párrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994[77].

(iv) Las sociedades de economía mixta, que se ajustan a la forma de sociedades por acciones, en virtud del inciso primero del artículo 17 de la Ley 142 de 1994. Su naturaleza se deriva del artículo 97 de la Ley 489 de 1998[78], que dispone además que, cuando el aporte de la Nación sea superior al 90% del capital, tendrán el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado.

(v) Finalmente, los proveedores TIC's privados son aquellos en los que los particulares poseen el 100% del capital social y que son proveedores en virtud de la liberalización del mercado de las comunicaciones que conservó la Ley 1341 de 2009.

En suma, de acuerdo con lo expuesto, la regla jurídica del artículo 55 demandado aplica para todos los tipos de proveedores, independientemente de su naturaleza, aunque los demandantes hayan concentrado su argumentación en el caso de los proveedores TIC's oficiales o mixtos. En consecuencia, el análisis de la Sala no se concentrará en las normas que rigen la creación y organización específica de cada tipo de proveedor, sino que analizará la constitucionalidad de la regla de sujeción general al derecho privado establecida por el legislador para los proveedores TIC's en el artículo demandado para las empresas oficiales y mixtas que ofrezcan redes y servicios de TIC's.

Los principios de la función administrativa de rango constitucional[79]

55. El artículo 209 de la Constitución Política señala que el principal propósito de la función administrativa es la consecución del interés general y para lograr ese objetivo establece como principios rectores la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Asimismo, identifica la descentralización, delegación y desconcentración como mecanismos para el desarrollo de la función pública.

Los principios descritos irradian toda la actuación del Estado y han sido objeto de un amplio desarrollo legal y jurisprudencial. En efecto, los principales cuerpos normativos relacionados con la administración pública, tales como las Leyes 489 de 1998, 909 de 2004, 1150 de 2007[80] y 1437 de 2011, resaltan la necesidad de que el ejercicio de las funciones se rija de acuerdo con esos mandatos.

56. Por su parte, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de definir el alcance de los principios en mención, conforme con las demás previsiones de rango constitucional, y ha señalado que:

El principio de igualdad, en concordancia con el artículo 13 Superior, está relacionado con la obligación del Estado y de sus agentes de brindar la misma protección y trato a todas las personas, sin perjuicio de las medidas diferenciadas, dirigidas a hacer efectivo dicho principio en relación con sujetos de especial protección constitucional.

En relación con la igualdad es necesario precisar que además de su carácter multidimensional, principio, derecho fundamental y garantía, los deberes de conducta para su materialización varían de acuerdo con los sujetos involucrados y el tipo de actividad. Así, por ejemplo, en el marco de actividades comerciales la igualdad se manifiesta en la posibilidad de que todos los actores e interesados concurren al mercado y en la prohibición de adelantar actuaciones discriminatorias. Sin embargo, la intensidad de los deberes de los particulares dirigidos a materializar el principio es menor a la exigida a las autoridades públicas.

Por su parte, el principio de moralidad exige que el ejercicio de la función pública se enmarque dentro de los límites legales y tenga como objetivo la realización de las disposiciones de la Carta Política. Asimismo, de acuerdo con el principio de celeridad la función administrativa debe cumplirse de manera ágil y oportuna, y cubrir todas las necesidades y solicitudes de los destinatarios y usuarios.

Los principios de eficacia y eficiencia buscan que se cumplan las finalidades y decisiones de la administración con la máxima racionalidad, esto es, mediante el uso de los recursos y medios estrictamente necesarios para la obtención de resultados óptimos[81].

De otra parte, el principio de economía guarda relación con la consecución de una actividad estatal eficaz, en el marco de la cual los procedimientos de tipo administrativo y judicial, con observancia del debido proceso, se erijan en instrumentos para la materialización de las políticas públicas y de las decisiones de la administración, y no en barreras infranqueables que impidan la actuación estatal y la realización de los derechos de los asociados.

Por último, el principio de publicidad propugna por el conocimiento público de las

decisiones y trámites administrativos, y en consecuencia fortalece la democracia.

57. De acuerdo con las consideraciones expuestas, resulta claro que las actuaciones del Estado y de sus agentes deben dirigirse, principalmente, a la realización del interés general y a la consecución de los fines del Estado Social de Derecho. Estos objetivos demarcan los principios de la función administrativa descritos, que se erigen en herramientas para el mejoramiento de la actividad, el cumplimiento de los objetivos estatales y la realización de los derechos y garantías constitucionales.

El amplio margen de configuración del legislador en la organización administrativa del Estado[82]

La importancia y el alcance fundamental de la separación de poderes como principio rector en la definición de la estructura del Estado han sido ampliamente reconocidos por esta Corporación. Particularmente, la Sentencia C-970 de 2004[83] manifestó que el objetivo primordial de este postulado es garantizar la libertad de las personas y el desarrollo de los fines estatales de forma eficiente. Adicionalmente, indicó que la separación funcional del poder en diferentes ramas: (i) limita su alcance en la ejecución de las funciones de cada uno de sus órganos; (ii) restringe la indebida injerencia sobre la actividad de los asociados, lo que garantiza el goce efectivo de una mayor libertad; y (iii) asegura que los órganos desarrollen una mayor especialización institucional y de esta manera manejen de forma más técnica sus funciones.

Por su parte, la Sentencia C-971 de 2004[84], reiterada por las Sentencias C-141 de 2010[85], C-170 de 2012[86] y C-118 de 2018[87], indicó que el constituyente de 1991 optó por un modelo en virtud del cual las funciones necesarias para cumplir los fines del Estado se desarrollan a través de órganos autónomos e independientes. No obstante, resaltó que la separación de poderes se encuentra matizada a través de la colaboración armónica y el control recíproco entre las diferentes instituciones. Lo anterior, corresponde a un sistema de frenos y contrapesos que tiene como finalidad lograr la armonización entre una mayor eficiencia del Estado y al mismo tiempo garantizar una esfera de libertad para sus asociados que se materializa a través de la limitación del poder y la distribución y articulación de competencias.

59. Aunada a la estructura del Estado de rango constitucional, la Carta Política radicó en el

legislador una amplia competencia para la organización de la administración pública, a través del otorgamiento de facultades para la creación, modificación, reglamentación y supresión de diversas entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público. Este poder se evidencia en el artículo 150.7 superior, que señaló que las competencias del Congreso de la República incluyen la creación, modificación y supresión de entidades del orden nacional, tales como los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, entre otras; la reglamentación de la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales; y la creación de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

Asimismo, el artículo 210 de la Carta Política indicó que solamente el legislador puede autorizar o crear entidades descentralizadas por servicios del orden nacional, y el artículo 209 ibídem precisó que el control interno de la administración pública se ejercerá en los términos que fije la ley.

Las disposiciones descritas evidencian una amplia competencia del legislador para definir aspectos centrales de la administración pública. Esta potestad ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de esta Corporación, en los que se ha destacado su amplitud, ya que se trata de una prerrogativa concedida en términos abiertos y sujeta únicamente a los límites que se derivan de la Constitución Política, los cuales incluyen las previsiones competenciales de rango superior, los principios constitucionales, las finalidades del Estado Social de Derecho, los propósitos de la administración y del servicio público, y el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, la Sentencia C-350 de 2004[88]recapituló los pronunciamientos de la Corte sobre la materia y señaló que la definición de la estructura estatal asignada al Congreso de la República comprende: (i) el diseño de los organismos que integran la administración nacional, la fijación de sus objetivos, sus funciones y la vinculación con otros entes para fines del control; (ii) la determinación del régimen jurídico de los trabajadores, de la contratación y la adopción de medidas de tipo tributario; y (iii) las características definitorias de las entidades, tales como la independencia administrativa, técnica y patrimonial. Por lo tanto, resulta amplio el espectro de regulación del Congreso de la República en la determinación de la estructura y funcionamiento de la administración pública.

60. En conclusión, la Constitución Política faculta al legislador con un amplio margen de configuración para organizar los entes descentralizados por servicios. La Constitución autoriza de esta manera al legislador para imponer el régimen jurídico adecuado a los actos y contratos que celebren tales entes descentralizados, donde se encuentran, como subgrupo, las empresas prestadoras de TIC's.

El concepto de descentralización por servicios en la Constitución Política y sus consecuencias en la determinación del régimen jurídico de los proveedores TIC's

61. Uno de los insumos principales para determinar el alcance de los principios de la función administrativa y su aplicabilidad en las diversas manifestaciones de la descentralización, incluida la que se ejerce por servicios, es la revisión de las consideraciones expuestas sobre el particular en la Asamblea Nacional Constituyente y que para el caso de los artículos 209 y 210 superiores se pueden extraer, principalmente, de los informes presentados en las comisiones correspondientes, pues en las votaciones no se presentaron discusiones sobre esos artículos.

Así, hay que destacar que en la exposición de motivos del informe presentado a la Comisión Tercera[89] en el que se propuso el articulado que hoy corresponde a los artículos 209 y 210 de la Carta Política, se hizo énfasis en la previsión de los mecanismos a través de los cuales se puede cumplir la actividad administrativa -descentralización, desconcentración y delegación- con el propósito de “lograr coherencia que necesita la Constitución para fortalecer y estructurar, de manera lógica y armónica, el órgano ejecutivo y facilitar y promover el ejercicio de las funciones a su cargo, y determinar claramente quiénes lo conforman, con sus funciones especiales y la manera de cumplirlas eficazmente”[90].

En ese mismo sentido, el informe presentado a la Comisión Tercera relacionado con la “Estructura del Estado”[91] expuso la necesidad de consagrar en la Constitución las ideas básicas del Estado, tales como: (i) las Ramas del Poder Público; (ii) los Órganos del Estado; (iii) las Funciones; y (iv) las Entidades Descentralizadas. Con respecto a este último asunto precisó que la creación de aquellos “debe ser estrictamente regulada por la Constitución, asignando esa competencia al -legislador u otro órgano y determinando sus condiciones de ejercicio”[92]. (Negrillas propias)

Por su parte, el informe de ponencia para segundo debate precisó que la descentralización

en todas sus modalidades podía presentarse en la Constitución de 1886 a partir del artículo 5º y destacó que este mecanismo seguiría teniendo cabida en la nueva Carta Política. “No obstante, conviene consagrar expresamente además de la territorial, la descentralización que se hace funcionalmente o por servicios y la que se hace por colaboración, para señalar así los fundamentos que deben regir este fenómeno.”[93]

Las consideraciones descritas evidencian que el Constituyente se interesó por la inclusión de mecanismos que permitan el adecuado ejercicio de la función de la Rama Ejecutiva y la forma en la que operan. En consecuencia, la primera conclusión relevante sobre las entidades descentralizadas es que la Carta Política no se limitó a prever requisitos de creación, pues también se interesó por la fijación de pautas, de rango constitucional, para el ejercicio de sus actividades que, bajo una lectura sistemática de la Constitución, corresponden a los principios de la función administrativa.

62. De esta manera, la adopción de la fórmula del Estado Social de Derecho dio paso a una estructura político-administrativa mucho más compleja. Según la Sentencia C-736 de 2007[94]:

“Este cambio de perspectiva significó la ampliación del concepto de función ejecutiva, es decir, un aumento de la actividad de la Administración, al cual correspondió el crecimiento de su estructura orgánica que se vio ampliada con nuevas formas de entidades públicas. Entre las nuevas funciones asignadas a la Administración aparecen, entre otras, las de fomento e intervención económica, así como la de garantía de la adecuada prestación de los servicios públicos, para cuyo cabal cumplimiento surge el concepto de descentralización administrativa por servicios”.

63. Como es sabido, una de las formas de descentralización administrativa es la llamada descentralización por servicios, que implica el otorgamiento de competencias o funciones a entidades públicas no territoriales y diferentes del Estado, que se crean para ejercer una actividad especializada en forma autónoma. La existencia de esta forma de descentralización ha sido justificada en la necesidad que tiene la administración de especializar y tecnificar el cumplimiento de ciertas funciones, y en la realidad de que, en ciertos casos, por razones de conveniencia pública las mismas están llamadas a ser ejercidas dentro de un régimen de competencia o de concurrencia con los particulares.

En efecto, varias disposiciones constitucionales actualmente se refieren a las entidades descentralizadas en general, y de manera particular a las entidades descentralizadas por servicios. Así, en el numeral 7° del artículo 150 de la Carta el constituyente autorizó al legislador para crear o autorizar la creación de este tipo de entidades en el orden nacional, y señaló que al Congreso le correspondía, mediante ley, “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;... así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta”.

De igual manera, en el numeral 7° del artículo 300 de la Carta y en el numeral 6° del artículo 313 ibídem, el constituyente admitió la descentralización por servicios en el nivel territorial, cuando concedió a las asambleas y a los concejos la facultad de crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento o del municipio, según sea el caso, y de autorizar la formación de sociedades de economía mixta de estos niveles territoriales. Por su parte, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 210 de la Constitución, el constituyente indicó que competía al legislador determinar el régimen jurídico de las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial.

64. De manera que la propiedad pública no exige necesariamente la implementación de un régimen de derecho público, ni la prestación de un servicio público (en este caso un servicio público no domiciliario) exige la implementación de un régimen público; el legislador tiene amplia libertad de configuración para determinar el régimen jurídico aplicable a las empresas total o parcialmente públicas que prestan servicios públicos.

65. En los últimos años, diferentes normas han tenido el objeto de dotar a las empresas total o parcialmente públicas de la capacidad de concurrencia a los mercados. Así por ejemplo, la Ley 489 de 1998 define en el artículo 85 a las empresas industriales y comerciales del Estado como empresas con patrimonio exclusivamente provenientes de bienes o fondos públicos, al tiempo que insiste en los artículos 85, 87 y 93 en que dichas empresas operarán bajo el régimen de derecho privado, no solo para lograr la agilidad necesaria en la concurrencia y competencia en los mercados, sino también para impedir que los privilegios y prerrogativas estatales rompan la igualdad en la competencia con los

particulares[95].

Este panorama ha sido suficientemente analizado por la Corte Constitucional:

(i) En la Sentencia C-066 de 1997[96], a propósito de la demanda en contra de varios artículos[97] de la Ley 142 de 1994, por medio de la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, la Corte analizó si la regulación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, y su sometimiento al régimen del derecho privado, violaba la Constitución “convirtiéndose, como lo afirma el demandante, en una “privatización” de la reglamentación de tales servicios”.

En esa ocasión, este Tribunal aclaró que los servicios públicos en general, y los servicios públicos domiciliarios en particular, son actividades inconfundibles e inherentes a la finalidad del Estado Social de Derecho colombiano (artículo 365 Superior). De esa forma, el artículo anotado los reconoce como inherentes a la finalidad social del Estado, a quien atribuye el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Sin embargo, el Constituyente defirió en el legislador la potestad de definir su régimen jurídico anticipando, eso sí, la posibilidad de que los mismos fueran prestados por el Estado directamente, o indirectamente a través de comunidades organizadas y particulares, pero en todo caso conservando su regulación, control y vigilancia.

Adicionalmente, en la sentencia anotada, la Corte encontró que no tenía razón el demandante, cuando sugirió que el fin de la norma acusada es alejar del control fiscal los recursos públicos trasladados a las empresas de servicios públicos domiciliarios, pues claramente las mismas estaban bajo la vigilancia de la Contraloría General de la República, de las contralorías departamentales y de las municipales. Lo anterior porque, de conformidad con los artículos 2º y 4º de la Ley 42 de 1994, relativa a la organización del control fiscal financiero de los recursos estatales, es claro que dicho tipo de control se extiende a “los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas o cualquier tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos” y es “ejercido en forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, los auditores, las auditorías y las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales”.

En consecuencia, ya desde la Sentencia C-066 de 1997, esta Corte ha interpretado de

manera pacífica que la gestión de las empresas de servicios públicos en general, y públicos domiciliarios en particular, no escapa al control fiscal de las entidades constitucionalmente competentes para ejercerlo y tampoco a la vista ciudadana, en razón de lo cual el establecimiento de un régimen privado no contraría la Carta Política.

(ii) En la Sentencia C-691 de 2007[98], la Corte estudió la constitucionalidad del régimen jurídico de derecho privado que tienen las entidades industriales y comerciales del Estado cuando se asocian con otros entes descentralizados. En esa ocasión este Tribunal recordó que el Estado colombiano establece los mercados para la prestación de los servicios públicos y se reserva la competencia para participar en ellos de manera directa a través de empresas públicas, conservando el legislador la competencia constitucional para configurar el régimen jurídico de las entidades descentralizadas. Esta configuración legislativa se implementa, de manera general, en el Estatuto Básico de la Administración Pública (Ley 489 de 1998) y en las leyes especiales aplicables por sectores.

(iii) En cuanto a las sociedades de economía mixta, la Sentencia C-722 de 2007[99] estudió una demanda formulada en contra de los artículos 6º y 7º de la Ley 1118 de 2006, a través de los que se transformó a Ecopetrol en una sociedad de economía mixta y se precisó que todos sus actos, contratos y actuaciones se regirían exclusivamente por las reglas de derecho privado. El actor cuestionó la fijación del régimen jurídico, ya que supuestamente relevaba a dicha entidad, constituida con aportes públicos, del cumplimiento de los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 superior.

Al decidir la censura descrita, la Sala Plena destacó que, si bien las sociedades de economía mixta tienen fundamento constitucional, no fueron definidas directamente por la norma superior, razón por la cual el legislador tiene la competencia para establecer aspectos relevantes de su diseño, máxime si se considera que el artículo 210 de la Constitución señaló que la ley debe establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas por servicios.

Por lo tanto, si la Carta Política le asignó al legislador la competencia de configuración del régimen jurídico de las entidades descentralizadas, no podía predicarse su vulneración porque dicha autoridad, en virtud de la potestad que se le otorgó, dispuso que Ecopetrol S.A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regiría exclusivamente por

las reglas del derecho privado.

Adicionalmente, la Sala resaltó que aunque la sociedad en mención: (i) contaba en su composición accionaria con la participación de particulares; (ii) estaba sujeta a un régimen de derecho privado; (iii) no cumplía funciones administrativas; y (iv) desarrollaba actividades de naturaleza industrial y comercial, conservaba su calidad de entidad pública.

Asimismo, explicó que el carácter de entidad pública también generaba para Ecopetrol la obligación de observar los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 Superior y propugnar por la realización del interés general. En ese sentido, adujo que en las sociedades de economía mixta “han de coexistir, de una parte, el interés general inherente a la vinculación de recursos públicos en la conformación del respectivo capital social y, de otra parte, la garantía de la plena vigencia de la libertad económica, la libre competencia y, en general, de los intereses privados propios de la actividad empresarial de los particulares.”

Además, la sentencia precisó que las controversias y litigios originados en la actividad de Ecopetrol deberían ser juzgados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo de conformidad con la Constitución y la ley.

Finalmente, la Sala Plena consideró que era innecesario condicionar la norma acusada, ya que esta no podía ser interpretada en el sentido de que se desconocieran las disposiciones constitucionales aplicables a las sociedades de economía mixta, en su calidad de entidades descentralizadas.

Por su parte, la Sentencia C-118 de 2018[100] estudió la demanda formulada contra los artículos 5º y 6º (parciales) de la Ley 1427 de 2010, a través de los que se modificó la naturaleza jurídica de la Empresa Servicio Aéreo a Territorios Nacionales (Satena) como sociedad de economía mixta y se establecía que se regiría “exclusivamente por las reglas del derecho privado”.

En esa ocasión, la Sala estableció que Satena, como sociedad de economía mixta y en la medida en que (i) estaba vinculada al sector descentralizado por servicios, (ii) estaba conformada por recursos públicos, y (iii) ejercía una actividad comercial que contribuye al

ejercicio de los fines del Estado, “también deb[ía] observar los principios de la función administrativa, especialmente aquellos relacionados con la moralidad de la función pública, la eficacia y la preservación de los recursos del Estado”.

Adicionalmente la Sala resaltó que, dado que una de las lecturas de la norma acusada (que contenía la palabra “exclusivamente”) permitía la exclusión de los principios de la función administrativa del régimen jurídico de la entidad en mención, la misma transgredía el artículo 209 superior, por lo que era necesario en ese caso condicionar la exequibilidad en el sentido de precisar que el régimen jurídico de Satena también incluía los principios de la función administrativa.

A partir de esas consideraciones, adujo la Corte que a pesar de las diferencias en las partes resolutivas entre esa providencia y la Sentencia C-722 de 2007, la decisión simplemente precisaba el precedente de esta a través de la reiteración de la ratio decidendi y su consecuente materialización en el condicionamiento de la norma. Lo anterior por cuanto en el estudio del cargo, la Corte concluyó que la definición de un régimen “exclusivamente” de derecho privado sí vulneraba el artículo 209 de la Constitución. Así, la Sala precisó en esa ocasión que:

“[E]s necesario señalar que la violación de la Carta Política no se deriva de la fijación de las normas de derecho privado pues, como se explicó en los fundamentos jurídicos 44 a 46, el legislador tiene una amplia competencia para definir la estructura de las entidades públicas y el régimen jurídico de su actividad. En particular, la transgresión del artículo 209 Superior se deriva de la sustracción de los principios de la administración pública, la cual se origina, en principio, en la expresión “exclusivamente”, pues esta singulariza la normatividad aplicable e impide que el manejo de los recursos públicos invertidos en la entidad y el desarrollo de sus objetivos sociales se adelanten conforme a los postulados en mención”.

Por último, en la citada sentencia, sobre la ubicación de este tipo de sociedades en la estructura de la administración pública, esta Corte estableció que, “a pesar de su autonomía jurídica están vinculadas a la Rama Ejecutiva del Poder Público”[101].

En conclusión, en dichas sentencias, la Corte recordó que independiente del porcentaje de participación que el Estado tenga en una sociedad de economía mixta, el legislador tiene competencia para intervenir en su régimen jurídico. Dicha autonomía, de otro lado, no excluye a dichas sociedades de los controles estatales en ciertas materias -fiscales, inhabilidades e incompatibilidades, etc.-. Las sociedades de economía mixta hacen parte ciertamente de la estructura orgánica estatal, pero su actividad misional en términos generales debe tener la flexibilidad y capacidad igualitaria de competencia que ofrecen las normas de derecho privado[102].

La determinación del régimen privado para los proveedores de redes y servicios TIC's del artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 no viola los artículos 209 y 210 superiores

67. Le corresponde a la Sala determinar si la fijación de un régimen de derecho privado para todos los actos y contratos de los proveedores de redes y servicios TIC's, sin importar su composición de capital, contenida en el artículo 55 demandado, transgrede los principios de la función administrativa previstos en los artículos 209 y 210 de la Carta Política.

68. Como se desarrolló en los fundamentos jurídicos 58 al 60 de esta sentencia, la Constitución consagra una amplia libertad de configuración para determinar la estructura y funcionamiento de la administración pública.

En efecto, la definición de la estructura estatal asignada al Congreso de la República comprende: (i) el diseño de los organismos que integran la administración nacional, la fijación de sus objetivos, sus funciones y la vinculación con otros entes para fines del control; (ii) la determinación del régimen jurídico de los trabajadores, de la contratación y la adopción de medidas de tipo tributario; y (iii) las características definitorias de las entidades, tales como la independencia administrativa, técnica y patrimonial.

69. Así, la Constitución Política faculta al legislador con un amplio margen de configuración para organizar los entes descentralizados por servicios, dentro de las cuales está la de diseñar la participación del Estado en las actividades económicas. Al hacerlo, la Constitución autoriza al legislador para imponer el régimen jurídico adecuado a los actos y contratos que celebren tales entes descentralizados, dentro de los que se encuentran, como subgrupo, las empresas prestadoras de TIC's.

70. Ahora bien, como fue aclarado en el fundamento jurídico 54 y como señalan los demandantes en su argumentación, de la lectura integral de la Ley 1341 de 2009 se desprende con claridad que no se regula la naturaleza jurídica de los proveedores de redes y servicios ni la norma ofrece una definición sobre la clasificación de quiénes pueden prestarlos, de lo que se desprende que la naturaleza de los prestadores no es única, pues contempla la posibilidad de que existan varias. La naturaleza, por tanto, será la que adopte cada uno de ellos, al constituirse de conformidad con las normas de organización que les sean aplicables.

Entonces, los proveedores a los que alude la norma demandada pueden tener diversa naturaleza; pueden constituirse en empresas en las que el Estado tiene participación accionaria en colaboración con los particulares (sociedades de economía mixta), o en aquellas sociedades en las que todos los activos son exclusivamente estatales (empresas industriales y comerciales del Estado). De ahí que resulte importante analizar si la fijación del régimen de derecho privado del artículo demandado vulnera, en el caso de las empresas en las que el Estado tenga participación, los principios de la función administrativa.

71. En efecto, el régimen privado previsto tiene el objetivo de garantizar la competencia ágil con otros actores económicos privados del sector TIC's. Así, la aplicación de normas de derecho privado a entidades públicas, como lo establece la disposición acusada, tiene fundamento en la naturaleza de las actividades que pueden desarrollar, ya que sería inconveniente que se rijan únicamente por las reglas del derecho público, en virtud de las actividades propias de los servicios públicos y la concurrencia con los particulares en el mercado. De ahí que el legislador pueda otorgarles a estas entidades capacidad de acción y gestión inmediatas para competir en igualdad de condiciones con las empresas del sector privado.

No se opone a la Constitución la creación de entidades administrativas descentralizadas sometidas al régimen de derecho privado, por cuanto estas tienen justificación en las razones mencionadas y en la congruencia con los principios de eficacia aplicables a la función administrativa y a la prestación de servicios públicos (artículos 209 y 365 de la Constitución)

72. Ahora bien, los artículos 209 y 210 superiores facultan al legislador con un amplio

margen de configuración para organizar los entes descentralizados por servicios y, en el caso de las sociedades con participación estatal, el que la Constitución autorice al legislador para imponer el régimen jurídico a los actos y contratos de los entes descentralizados por servicios no significa que cuando tienen participación estatal puedan sustraerse de los principios de la función administrativa.

Así quedó sentado en los fundamentos jurídicos 61 al 66 de esta sentencia, en los que luego de reconstruir las reglas pacíficas de la jurisprudencia al respecto, la Sala precisó que el margen de fijación del régimen particular para las entidades descentralizadas por servicios no las convierte en entidades particulares.

73. Entonces, en cuanto a las empresas industriales y comerciales del Estado, así como a las sociedades de economía mixta, si bien el legislador tiene competencia para intervenir en su régimen jurídico, dicha autonomía no las excluye de los controles fiscales y disciplinarios en las materias establecidas en el ordenamiento jurídico. Lo anterior, en vista de que estas entidades hacen parte de la estructura orgánica estatal.

De manera que, el hecho de que una empresa de servicios públicos oficial o mixta se rija por el régimen de contratación privada, no implica que no deba guiarse por los principios que orientan el manejo de recursos públicos. Así pues, la aplicación del régimen de derecho privado no supone la exclusión de los principios de la función administrativa. En tal sentido, la Ley 1150 de 2007 establece en su artículo 13 que las entidades estatales sometidas a un régimen contractual excepcional al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, “aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución”.

74. Entonces, la sujeción de los proveedores TIC’s a los principios previstos en el artículo 209 superior es imperativa como consecuencia de los siguientes elementos:

En primer lugar, la naturaleza de la sociedad, cuando se trate de entidades públicas del sector descentralizado por servicios. Este aspecto es relevante, pues en el caso de las entidades descentralizadas, estas deben observar pautas de rango constitucional para el ejercicio de su actividad. En efecto, tal y como se expuso previamente, el Constituyente no sólo se interesó por la creación de estas entidades sino que también se preocupó por el

cumplimiento de sus funciones. Por ende, la referencia a los principios de la función administrativa prevista en el artículo 210 superior no puede leerse de forma literal y restrictiva, para considerar que solo orientan la creación de dichas entidades, sino que, en armonía con las motivaciones de la Asamblea Nacional Constituyente, debe entenderse que dichas pautas también rigen el ejercicio de su actividad.

En segundo lugar, la conformación a través de recursos públicos. En efecto, cuando así fuere y las entidades mantengan una participación mayoritaria del Estado, es claro que deberán sujetarse a los principios de la función administrativa.

En tercer lugar, el objeto social, pues la provisión de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones también persigue el cumplimiento de los fines del Estado, razón por la que las actividades adelantadas por los proveedores TIC's se dirigen a cumplir dichos fines.

Estos elementos, en conjunto, permiten concluir que la definición de un régimen de derecho privado para los proveedores TIC's no transgrede los principios que deben orientar la función administrativa consagrados en el artículo 209 y 210 de la Constitución y tal elección se justifica en el amplio margen de configuración del legislador en la materia.

75. Adicionalmente, para el caso de las sociedades TIC's con composición de capital mayoritariamente estatal, estas consideraciones mantienen la línea jurisprudencial de esta Corporación en relación con el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta, pues en diversas oportunidades este Tribunal ha destacado su carácter de entidades públicas y las consecuencias que esta condición genera en diversos aspectos, tales como su estructura y actividad. En efecto, los pronunciamientos previos han reconocido las singularidades de estas sociedades, y han hecho énfasis en el manejo de recursos públicos y, la consecuente sujeción a los controles y principios de la función administrativa.

En ese sentido, es necesario precisar que la observancia de los principios de la función administrativa por parte de las sociedades de economía mixta está relacionada, principalmente, con la administración de recursos públicos y debe ser coherente con el objeto de este tipo de entidades, en la medida en que desempeñan actividades industriales y comerciales, y concurren al mercado con otros competidores. Por lo tanto, la aplicación de los principios en mención no puede desconocer la naturaleza de las actividades desempeñadas y las necesidades propias del giro comercial de los negocios que adelantan.

En efecto, aunque los actos, contratos y actuaciones necesarios para el desarrollo del objeto social de este tipo de sociedades se rijan por las normas de derecho privado, dichas entidades deben observar los principios de la función administrativa, los cuales no riñen con la modernización de la sociedad ni con la eficacia de su actividad. Por el contrario, constituyen herramientas para el mejoramiento de las funciones, ya que estos mandatos propugnan por la creación de instrumentos necesarios para el cumplimiento de las metas de las entidades públicas en beneficio de la calidad de la gestión y la satisfacción de la comunidad y de los usuarios.

76. En conclusión, la aplicación de un régimen de derecho privado a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas, cuya actividad es la provisión de redes y servicios TIC's, teniendo en cuenta que hacen parte de la rama ejecutiva como entidades descentralizadas por servicios, no las excluye del cumplimiento de las normas sobre función administrativa, como se expresa en la Sentencia C-736 de 2007[103].

Por las razones expuestas, esta Sala no encuentra contradicción alguna entre el artículo demandado y las normas constitucionales indicadas y, en consecuencia, lo declarará exequible por los cargos estudiados.

Síntesis de la decisión

77. En el presente caso, los demandantes propusieron dos cargos contra la norma acusada: (i) el cargo por el desconocimiento de los principios de la función administrativa (violación de artículos 209 y 210 superiores), y (ii) el cargo por la violación del artículo 13 superior causada por el supuesto desconocimiento de la clasificación de los servidores públicos (artículos 6°, 123 y 125 superiores).

78. Tras la presentación de los argumentos de los intervinientes y del Ministerio Público, la Sala resolvió tres cuestiones preliminares.

78.1. En primer lugar, analizó la aptitud sustantiva de la demanda para producir un debate constitucional, pues el MinTIC y el DNP consideraban que la misma no planteaba ningún cargo claro, cierto, pertinente y suficiente respecto del concepto de la violación. La Corte

resolvió que el primer cargo cumplió con los requisitos de claridad, certeza especificidad, pertinencia y suficiencia. En sentido contrario, el segundo cargo carecía de pertinencia, suficiencia y certeza ya que se desprendía de una interpretación subjetiva y propia de la norma acusada y se dirigía contra las implicaciones de esa interpretación, por lo que la Sala decidió pronunciarse sólo sobre el primer cargo.

78.2. En segundo lugar, analizó la necesidad de hacer una integración normativa, y decidió integrar la totalidad del artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, para garantizar que el examen recaiga sobre la totalidad de la disposición que materialmente fue demandada. En sentido contrario, consideró que no era procedente integrar la unidad normativa con el artículo 262 de la Ley 1450 de 2011 y el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, como solicitó el MinTIC en su intervención. Lo anterior, por cuando los artículos citados, aunque guardan relación con la materia analizada, en todo caso no tienen un vínculo inescindible, que obligue a pronunciarse sobre su constitucionalidad. En consecuencia, el análisis de la Corte se circunscribió exclusivamente al artículo 55 demandado.

78.3. En tercer lugar, descartó la existencia de la cosa juzgada constitucional con respecto a las Sentencias C-066 de 1997 y C-736 de 2007, y reconoció que, en todo caso, dichas providencias constituían un precedente para el caso bajo examen.

79. En el examen del único cargo apto, dirigido contra el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, la Sala estableció que resulta claro que el legislador dispone de una amplia competencia para definir aspectos centrales de la administración pública, ya que se trata de una prerrogativa concedida en términos abiertos y sujeta únicamente a los límites que se derivan de la Constitución Política, los cuales incluyen las previsiones competenciales de rango superior, los principios constitucionales, las finalidades del Estado Social de Derecho, los propósitos de la administración y del servicio público, y el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

En particular, la Sala estableció que los artículos 209 y 210 superiores facultan al legislador con un amplio margen de configuración para organizar los entes descentralizados por servicios y, en el caso de las sociedades con participación estatal, el que la Constitución autorice al legislador para imponer el régimen jurídico a los actos y contratos de los entes descentralizados por servicios no significa que cuando tienen participación estatal puedan

sustraerse de los principios de la función administrativa.

Entonces, en cuanto a las empresas industriales y comerciales del Estado, así como a las sociedades de economía mixta, si bien el legislador tiene competencia para intervenir en su régimen jurídico, dicha autonomía no las excluye de los controles fiscales en las materias establecidas en el ordenamiento jurídico, lo cual materializa los principios que se indicaban violados. Lo anterior en vista de que estas entidades hacen parte de la estructura orgánica estatal.

80. En consecuencia, sobre la definición del régimen de derecho privado para los proveedores TIC's consagrado en el artículo 55 demandado, la Sala encontró que la misma no transgrede los principios que deben orientar la función administrativa consagrados en el artículo 209 y 210 de la Constitución.

Lo anterior, por cuanto la aplicación de un régimen de derecho privado a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas, cuya actividad es la provisión de redes y servicios TIC's, teniendo en cuenta que hacen parte de la rama ejecutiva como entidades descentralizadas por servicios, no las excluye del cumplimiento de las normas sobre función administrativa.

Por las razones expuestas, esta Sala no encontró contradicción alguna entre el artículo demandado y las normas constitucionales indicadas y, con base en las consideraciones expuestas decidió declarar la exequibilidad del artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 por el cargo examinado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, en relación con el cargo por violación de los artículos 209 y 210 de la Constitución.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Gloria Stella Ortiz Delgado

Presidenta

Carlos Bernal Pulido

Magistrado

Diana Fajardo Rivera

Magistrada

Luis Guillermo Guerrero Pérez

Magistrado

Alejandro Linares Cantillo

Magistrado

Antonio José Lizarazo Ocampo

Magistrado

Cristina Pardo Schlesinger

Magistrada

José Fernando Reyes Cuartas

Magistrado

Ausente en comisión

Alberto Rojas Ríos

Magistrado

Martha Victoria Sáchica Méndez

Secretaría General

[1] Folios 9 al 14.

[2] Folios 30 al 34.

[3] Según lo decidido por la Sala Plena de la Corte Constitucional en el Auto 305 del 21 de junio de 2017, los términos de los procesos ordinarios de constitucionalidad fueron suspendidos a partir de la fecha mencionada y hasta tanto la Sala Plena decidiera levantarlos en cada asunto y conforme a la planeación que formule la Presidencia de la Corte. Para este caso, la suspensión de términos fue levantada por la Sala Plena mediante Auto 816 del 12 de diciembre de 2018.

[4] Folio 4.

[5] Ley 489 de 1998. "ARTICULO 38. INTEGRACION 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:

(...)

2. Del Sector descentralizado por servicios:

(...)

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.

PARAGRAFO 1o. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

PARAGRAFO 2o. Además de lo previsto en el literal c) del numeral 1o. del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades

estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de constitución se indicará el Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos.”

[6] Ley 489 de 1998 “ARTICULO 39. INTEGRACION DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.

La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la Administración.

Así mismo, los ministerios, los departamentos administrativos y las superintendencias constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional. Los organismos y entidades adscritos o vinculados a un Ministerio o un Departamento Administrativo que gocen de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente conforman el Sector Descentralizado de la Administración Pública Nacional y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley.

Las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales son corporaciones administrativas de elección popular que cumplen las funciones que les señalan la Constitución Política y la ley”.

[7] A su turno, en el escrito de subsanación que obra a folio 22, indican que en su concepto “se trata de una omisión legislativa relativa, porque el mandato constitucional es que el legislador al crear las entidades descentralizadas tenga en cuenta una serie de principios (como los del 209), pero además el 123 y 124 le dan otros mandatos en materia de régimen de controles y responsabilidades”. Insisten en que lo que ellos plantean es que en la disposición acusada “el legislador se quedó a medias, desarrolló a medias el mandato constitucional, y por eso está permitiendo que proveedores de redes y servicios que sean entidades públicas, queden por fuera de esos mandatos constitucionales que debería tener en cuenta”.

[8] Folio 5

[9] Ibídem.

[10] Folio 21.

[11] Folio 6.

[12] Folio 7.

[13] Folio 4.

[14] Afirman que las personas que trabajan en dichas empresas son servidores públicos “[Y] en ningún caso podría entenderse que son particulares, ya que iría en contravía de lo expresado por el artículo 123 de la Carta Política, en tanto esta estipula que “son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente por servicios”. Folio 8.

[15] Folio 8.

[16] Folio 5.

[17] Folio 9.

[18] Folio 23.

[19] Ibídem.

[20] Folio 24.

[21] Escrito presentado el 21 de agosto de 2018, por parte de Luis Carlos Vergel Hernández en calidad de apoderado del Departamento Nacional de Planeación. Folios 62 a 69.

[22] Folio 62.

[23] Folio 63.

[24] Ibídem.

[25] Folio 64.

[26] *Ibíd.*

[27] *Ibíd.*

[28] Escrito presentado el 1 de febrero de 2019, por Mauricio López González en calidad de Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Procesos Judiciales y Extrajudiciales del Ministerio de TIC. Folios 137 a 152.

[30] Folio 138.

[31] Ley 1341 de 2009, “Artículo 73. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación, con excepción de los artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 36, 68 con excepción de su inciso 1o, los cuales empezarán a regir a partir de los seis meses siguientes a su promulgación y regula de manera integral el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Sin perjuicio del régimen de transición previsto en esta ley, quedan derogadas todas las disposiciones que le sean contrarias y, en especial, la Ley 74 de 1966, la Ley 51 de 1984, la Ley 72 de 1989, el Decreto-ley 1900 de 1990, la Ley 1065 de 2006, la Ley 37 de 1993, lo pertinente de los artículos 33, 34, 35 y 38 de la Ley 80 de 1993, la Ley 422 de 1998, la Ley 555 de 2000, el artículo 11 de la Ley 533 de 1999 y el artículo 6o de la ley 781 de 2002, todos exclusivamente en cuanto hagan referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulten contrarios a las normas y principios contenidos en la presente ley.

A las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios, salvo en el caso de estas empresas, lo establecido en los artículo 4o sobre carácter esencial, 17 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículo 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral, garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En todo caso, se respetará la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio público.

En caso de conflicto con otras leyes, prevalecerá esta.

Las excepciones y derogatorias sobre esta ley por normas posteriores, deberán identificar expresamente la excepción, modificación o la derogatoria”.

[32] Folio 139.

[33] *Ibídem*.

[34]Escrito presentado el 25 de enero de 2019, por Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Javier Enrique Santander Díaz, Valentina Fernández Antía y Dany Alejandra Pinzón Pérez, todos miembros del Observatorio. Folios 113 a 119.

[35]Escrito presentado el 31 de enero de 2019, por Neyireth Briceño Ramírez en calidad de Coordinadora del Grupo de Gestión Judicial de la Superintendencia de Industria y Comercio. Folios 120 a 124.

[36]Escrito presentado el 1 de febrero de 2019, por Mauricio López González en calidad de Vicepresidente y representante legal suplente de la Asociación de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones -ANDESCO-. Folios 125 a 135.

[37]Escrito presentado el 21 de septiembre de 2018, por Leonardo Alfredo Enríquez Martínez en calidad de decano y por parte del Director de la Oficina de Consultorios Jurídicos de la Universidad de Nariño. Folios 70 a 75.

[38]Escrito presentado el 12 de noviembre de 2018, por Camila Zuluaga, Valery Fierro y Viviana Tolero, coordinadora y estudiantes del Grupo de Acciones Públicas de la Universidad del Rosario. Folios 76 a 83.

[39]Escrito presentado el 10 de agosto de 2018, por Vanessa Suelto Cock en calidad de directora del Semillero de Acciones Públicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Folios 56 a 61.

[40] Concepto presentado el 28 de febrero de 2019 emitido por el Procurador General de la Nación, Folios 154 a 161.

[41] Folio 158.

[42] Folio 159.

[43] Ibídem.

[44] M.P. Fabio Morón Díaz.

[45] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[46] Dice la norma citada: “Artículo 2º. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Los razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.”

[47] Ver, entre otros, auto 288 de 2001 y sentencias C-1052 de 2001 y C-568 de 2004, todas las providencias con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, y C-980 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

[48] MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

[50] Ver las sentencias C-099 de 2013, MP María Victoria Calle; C-635 de 2012 y C-631 de 2011, ambas con ponencia de Mauricio González, entre otras.

[51] Sentencia C-1052 de 2004 MP Manuel José Cepeda.

[52] Cfr. C-1052 de 2001 y C-980 de 2005, ya citadas.

[53] Ver Sentencia C-767 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[54] Ver Sentencia C-185 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[55] Ver Sentencia C-041 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[56] Sentencia C-543 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz citada en la Sentencia C-767 de 2014.

[57] Sentencia C-767 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[58] Ver Sentencia C-192 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[59] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[60] Los presupuestos son fundamentales para la procedencia del cargo, diferentes a los requisitos que la Corte verifica cuando lleva a cabo el análisis de fondo de del mismo. Sobre ellos, recientemente en la Sentencia C-010 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, la Corte advirtió que cuando se formula un cargo de omisión legislativa relativa, la argumentación del demandante debe precisar seis requisitos: (i) la existencia de una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, debían estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o, en general, que el precepto omita incluir un elemento o condición que, de conformidad con la Constitución, resulte esencial para armonizar la disposición jurídica con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) en los casos excluidos de la norma que se ataca, dicha exclusión debe generar una desigualdad negativa respecto de los casos que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; (v) que la omisión sea consecuencia de la inobservancia de un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al legislador; y por último, (vi) debe tenerse en cuenta si la omisión emerge de la norma a primera vista o si, contrario sensu, se trata de normas completas, coherentes y suficientes que regulan situaciones distintas.

[61] Sentencia C-352 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[62] Folio 25.

[63] Ver sentencia C-539 de 1999; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Reiterada en las sentencias C-043 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-603 de 2016 M.P: María Victoria Calle Correa.

[64] Ley 1450 de 2011. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.

“Artículo 262. Operaciones de crédito público de los proveedores de redes y servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009 para otros actos y contratos, la gestión y celebración de los actos y contratos de que trata el Decreto 2681 de 1993 y demás normas concordantes por parte de los Proveedores de la Información y Comunicaciones que ostenten la naturaleza jurídica de empresas de servicios públicos oficiales y mixtas, así como de aquellas con participación directa o indirecta del Estado superior al cincuenta por ciento en su capital social, se sujetarán a las normas sobre crédito público aplicables a las entidades descentralizadas del correspondiente orden administrativo”.

[65] Ley 1341 de 2009. Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - TIC-, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones. “Artículo 73. Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación, con excepción de los artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 36, 68 con excepción de su inciso 1°, los cuales empezarán a regir a partir de los seis meses siguientes a su promulgación y regula de manera integral el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Sin perjuicio del régimen de transición previsto en esta ley, quedan derogadas todas las disposiciones que le sean contrarias y, en especial, la Ley 74 de 1966, la Ley 51 de 1984, la Ley 72 de 1989, el Decreto ley 1900 de 1990, la Ley 1065 de 2006, la Ley 37 de 1993, lo pertinente de los artículos 33, 34, 35 y 38 de la Ley 80 de 1993, la Ley 422 de 1998, la Ley 555 de 2000, el artículo 11 de la Ley 533 de 1999 y el artículo 6° de la ley 781 de 2002, todos exclusivamente en cuanto hagan referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulten contrarios a las normas y principios contenidos en la presente ley.

A las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios, salvo en el caso de estas empresas, lo establecido en los artículo 4° sobre carácter esencial, 17 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículo 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral, garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En todo caso, se respetará la

naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio público”.

[66] Este aparte de la Sentencia ha sido elaborado a partir de la Sentencia C-009 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[67] Folios 139 a 144.

[68] Sentencia C-228 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado reiterada en la sentencia C-472 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[69] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[70] Sentencia C-228 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[71] Recientemente, en Sentencia C-200 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, la Corte señaló los eventos en los que es posible separarse del precedente. “[E]xisten tres razones que permiten emprender un nuevo juzgamiento de disposiciones declaradas exequibles y resultan aplicables tanto a cosa juzgada material como formal: (i) modificación del parámetro de control, (ii) cambio en la significación material de la Constitución y (iii) variación del contexto normativo del objeto de control”

[72] Sentencia del 6 de diciembre de 2010, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00762-01 (38344).

[73] El artículo 38 de la Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, establecía lo siguiente: “ART. 38. —Del régimen especial para las entidades estatales que prestan el servicio de telecomunicaciones. Las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, en los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen, no estarán sujetos a los procedimientos de selección previstos en esta ley. Los estatutos internos de estas entidades determinarán las cláusulas excepcionales que podrán pactar en los contratos, de acuerdo con la naturaleza propia de cada uno de ellos, así como los procedimientos y las cuantías a los cuales deben sujetarse para su celebración. Los

procedimientos que en cumplimiento de lo previsto en este artículo adopten las mencionadas entidades estatales, deberán desarrollar los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley”.

[75] *Ibídem.*

[76] *Ibídem.*

[77] En este sentido, el inciso tercero del artículo 73 de la Ley 1341 de 2009 estableció que el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, sobre la naturaleza jurídica de las empresas, se aplicará a los proveedores de los servicios de telecomunicaciones. Esta ley dispone que las empresas de servicios públicos domiciliarios son sociedades por acciones, cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos a que se refiere esa ley, y que las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de una empresa industrial y comercial del Estado.

[78] “Art. 97. Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

Parágrafo. Los regímenes de las actividades y 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 noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado”.

[79] Las consideraciones presentadas en esta sección se retoman de la Sentencia C-118 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[80] Al respecto, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, establece: “PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL

DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”

[81] Sentencia T-068 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[82] Las consideraciones presentadas en esta sección se retoman de la Sentencia C-118 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[83] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[84] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[85] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[86] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[87] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[88] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[89] Informe a la Comisión Tercera: “Rama Ejecutiva del Poder Público”. Ponentes: Hernando Herrera, Carlos Lleras de la Fuente, Antonio Navarro Wolf, José Matías Ortiz y Abel Rodríguez. Gaceta Constitucional, tomo 62, páginas 9 y ss.

[90] Gaceta Constitucional, Tomo 62, página 12.

[91] Informe a la Comisión Tercera: “Estructura del Estado”. Ponentes: Hernando Herrera Vergara, Carlos Lleras de la Fuente, Antonio Navarro Wolf, José Matías Ortiz y Abel Rodríguez. Gaceta Constitucional, tomo 59, páginas 1 y ss.

[92] Gaceta Constitucional, tomo 59, página 2.

[93] Ponencia Rama Ejecutiva, Gobierno, Presidente, Vicepresidente, Ministros del Despacho, Directores de Departamentos Administrativos, Administración Pública, Fuerza Pública, y Relaciones Internacionales. Ponente: Hernando Yepes Arcila.

[94] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[95] En igual sentido, el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 excepciona del sometimiento al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al 50%, sus filiales y a las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del Estado que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, estableciendo que se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales.

[96] M.P. Fabio Morón Díaz.

[97] En esta decisión, la Corte se pronunció sobre la acción pública de inconstitucionalidad, presentada por un ciudadano en contra los artículos 24 (parcial), 27 (parcial), 30, 31, 32 (parcial), 35 (parcial), 37, 38 (parcial) y 39 (parcial) de la ley 142 de 1994.

[98] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[99] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[100] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[101] Sentencia C-736 de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. “Esta circunstancia tiene las siguientes implicaciones para dichas entidades: (i) son objeto de control fiscal, que se adelanta por la Contraloría General de la República, de acuerdo con lo previsto en el artículo 267 Superior; (ii) están sujetas a control político, el cual es ejercido por el Congreso de la República, según el artículo 208 de la Constitución Política; (iii) la integración de sus órganos directivos se somete al régimen de inhabilidades previsto en los artículos 180.3, 292 y 323 de la Carta Política; (iv) se rigen por las reglas de la ley orgánica del presupuesto; y (vi) deben observar las normas de contabilidad oficial”.

[102] En efecto, la jurisprudencia constitucional ha destacado que si bien las sociedades de economía mixta están revestidas de algunas de las características de los entes comerciales no son particulares, ya que manejan recursos públicos, hacen parte de la estructura de la Administración Pública y están vinculadas al sector descentralizado por servicios. Ver al respecto la Sentencia C-316 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[103] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.