Sentencia C-338/11

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS SERVIDORES PUBLICOS DE SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA-Se define por el legislador y puede establecer distintas categorías de servidores públicos y excepciones al régimen de derecho privado

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Contenido

CODIGO DISCIPLINARIO UNICO-Sujetos disciplinables

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Características/SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-No basta autorización legal para su existencia

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Pese a su naturaleza específica, no pierden su carácter de expresiones de la actividad estatal

SERVIDORES DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA-Régimen jurídico

TRABAJADORES DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA-Vinculación mediante un régimen de derecho privado no se opone a que sean servidores públicos/SERVIDOR PUBLICO-Noción es genérica y comprende diferentes especies entre las que se encuentran los trabajadores oficiales

SERVIDORES DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA-Régimen disciplinario/CONTROL DISCIPLINARIO-Fue reservado por el Constituyente para quienes cumplen de manera permanente o transitoria funciones públicas

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL PARTICULAR-Criterio determinante/RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL PARTICULAR-Criterio subjetivo

PARTICULAR COMO DESTINATARIO DE LA LEY DISCIPLINARIA-Criterio para su aplicación

LEGISLADOR-Potestad de determinar el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y en consecuencia, lo relativo a la responsabilidad de las personas que en ellas laboran

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Objeto social y la responsabilidad de sus servidores/SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Deberes del legislador al determinar el régimen jurídico

El artículo 97 de la Ley 489 de 1998 precisa que las sociedades de economía mixta “desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial” y este elemento de su configuración aporta una importante explicación acerca del régimen jurídico al que se somete la responsabilidad de sus servidores y de la exclusión de algunas de ellas del conjunto de los sujetos que son disciplinables de conformidad con la Ley 734 de 2002. La responsabilidad exigida de acuerdo con las reglas del derecho privado a las que, por regla general, las ha sometido el legislador, tiene clara correspondencia con el objeto social de las sociedades de economía mixta que, si bien es cierto, cuentan con aportes de índole pública, están caracterizadas por el ánimo de lucro que persiguen los comercialmente asociados, mediante el desarrollo de actividades industriales o comerciales que acercan al Estado o a

sus entidades al ámbito propio de los particulares, hasta el punto de tornar recomendable la sujeción a un régimen de derecho privado, juzgado más acorde con “el tipo de actividades industriales y comerciales”, con “la situación de concurrencia con los particulares y con razones funcionales y técnicas atinentes al cumplimiento de su objeto social. En relación con los argumentos precedentes, la Corte Constitucional ha estimado que el legislador, al determinar el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta, debe “adoptar el modelo institucional adecuado teniendo en cuenta aspectos específicos como la actividad que el mismo asigne” y “dotar a la entidad que crea del coherente régimen jurídico que permita a esta cumplir el objeto y finalidades asignadas por el propio legislador”. A renglón seguido, la Corporación apuntó que “en la medida en que la sociedad de economía mixta ostenta legalmente características, dentro de las cuales no cabe el ejercicio de ‘función administrativa’, ya que, según la misma ley, debe cumplir actividades industriales y comerciales conforme al derecho privado, “no es pertinente aludir a violación de aquellos principios propios de la función administrativa por la circunstancia de que el legislador asigne a la entidad un régimen de derecho privado”.

PARTICULARES EN EJERCICIO DE FUNCIONES PUBLICAS-Vinculo con el Estado no surge de la misma manera en todos los casos

REGIMEN JURIDICO DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA-Excepciones

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA SOMETIDAS A REGLAS DEL DERECHO PRIVADO-Régimen disciplinario

REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS SERVIDORES PUBLICOS-Pretensión de incluir a todos los que laboran en las sociedades de economía mixta, resulta excesiva/SERVIDOR PUBLICO-Concepto es genérico y comprende varias especies, entre las cuales se encuentra el trabajador de las sociedades de economía mixta vinculado mediante un régimen de derecho privado

LEGISLADOR-Facultad de establecer responsabilidad de presidentes, directores o gerentes de entidades descentralizadas y establecer diferencias fundadas en el porcentaje del capital público presente en dichas entidades

REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS SERVIDORES PUBLICOS-La excepción opera siempre y cuando, en atención al objeto social de la sociedad de economía mixta de que se trate, sus servidores desarrollen funciones industriales y comerciales regidas por el derecho privado

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Sujeta a la dirección y control administrativo, al control fiscal por parte de la Contraloría General de la Nación y al régimen de garantías del patrimonio estatal/SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Sujeta al control político que ejerce el Congreso de la República/SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Aunque goza de autonomía jurídica, es objeto del denominado control administrativo de tutela

Referencia: expediente D-8273

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 53 (parcial) de la Ley 734 de 2002, “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”.

Actora:

Liliana Giraldo Gómez

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil once (2011).

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana Liliana Giraldo Gómez presentó demanda en contra del 53 (parcial) de la Ley 734 de 2002, “Por la cual se expide el Código Disciplinario Unico”.

Mediante Auto del 8 de octubre de 2010, el Magistrado sustanciador resolvió admitir la demanda, ordenó la fijación en lista y corrió traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia.

En el mismo Auto también se ordenó comunicar la demanda al Ministerio del Interior y de Justicia, al Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y a los decanos de las facultades de derecho de las Universidades Nacional de Colombia, del Atlántico, del Norte, Externado de Colombia y Libre para que, en caso de estimarlo conveniente, intervinieran dentro del proceso. Así mismo, en desarrollo del artículo 244 de la Constitución Política y del artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, se ordenó enviar la correspondiente comunicación al Presidente del Congreso de la República.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda presentada.

II. LA DISPOSICION DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 y se subraya el segmento demandado.

LEY 734 de 2002

(febrero 5)

Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002

Por la cual se expide el Código Disciplinario Unico

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTICULO 53. Sujetos disciplinables. El presente régimen se aplica a los particulares que

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

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

III. LA DEMANDA

La demandante considera que el segmento demandado vulnera los artículos 13 y 123 de la Constitución y al efecto recuerda que, según el texto de este último, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, al paso que el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, en su numeral 2º, "determina que las sociedades de economía mixta hacen parte del sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público".

De lo anterior se desprende que "las personas que prestan sus servicios en las sociedades de economía mixta son servidores públicos", pese a lo cual, en el aparte que es objeto de tacha, el legislador "les está dando el tratamiento de particulares", con desconocimiento de la categoría otorgada por el artículo 123 superior que, según lo expuesto, considera servidores públicos a los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Añade la demandante que para efectos de la responsabilidad que les cabe a unos y otros, es diferente tener la calidad de servidor público a la de particular, "pues los primeros de conformidad con el artículo 6º superior, son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones", mientras que los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes", de modo que "la responsabilidad disciplinaria de los particulares solo surge en la medida que cumplan funciones públicas".

Sostiene que el desconocimiento del artículo 123 de la Carta genera, a su vez, un trato desigual e indica que la frase demandada es contraria al principio de igualdad, "porque otorga un trato diferente, sin justificación, a las personas que laboran en las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado, con lo que las excluye del poder disciplinario del Estado".

Enfatiza que el artículo 25 de la Ley 734 de 2002 establece que son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos, los particulares, los indígenas que administren recursos públicos y que, así mismo, otorga la condición de servidores públicos a los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria.

Con base en lo anterior indica que "en el libro III Régimen Especial, Título I Régimen de los Particulares de la Ley 734 de 2002 el legislador asimila a particulares a los servidores de las empresas de economía mixta para luego excluirlos del derecho disciplinario, mientras que en

el artículo 25 del mismo texto legal (…) se determinó que todos los servidores públicos son disciplinables, al igual que los gerentes de las cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria, con lo cual los hace sujetos de la acción disciplinaria".

Así pues, "si para efectos de la ley disciplinaria se encuentran sujetos a ésta los servidores públicos, los indígenas que administran recursos públicos y los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria, con mayor razón deben estarlo los servidores de una sociedad comercial que cuenta con aportes estatales".

Tras citar algunos apartes de la Sentencia C-127 de 2003, la actora reclama la inexequibilidad del segmento acusado, "para que, con su retiro del ordenamiento jurídico, se aplique a todos los servidores por igual el poder disciplinario del Estado, incluidos los de las sociedades de economía mixta o 'empresas de economía mixta' como impropiamente se señala allí".

Alude luego a la Sentencia C-1076 de 2002, en la cual la Corte examinó el inciso 2º del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 y concluye que, con la salvedad de la expresión demandada, "la posición del legislador ha sido consistente al establecer que todos los servidores públicos están sometidos a la acción disciplinaria" y, de la misma manera, "los particulares que administran recursos públicos por ser éste un asunto de interés general".

Para concluir, la demandante señala que "mientras que un particular que cumple funciones de interventoría o el gerente de una fundación creada por el Estado, son sujetos disciplinables, el director o gerente de una sociedad de economía mixta donde el Estado tenga cualquier porcentaje de participación (…) no estará sometido a la acción disciplinaria del Estado".

I. INTERVENCION DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DEL NORTE

En representación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Norte, intervino la profesora María Lourdes Ramírez Torrado, quien efectúa una aproximación al concepto de relación de especial sujeción, a partir de la ley, la jurisprudencia y la doctrina y concluye que "las personas objeto de esta demanda tienen una relación voluntaria con la administración y cumplen funciones públicas necesarias (tanto así que se trata de una institución que conforma el sector descentralizado por servicios) para el desarrollo del Estado". Esa situación "los hace parte integrante de la figura de las relaciones de sujeción especial, y por ende son sujetos pasivos del derecho disciplinario", ya que, como lo ha afirmado la propia Corte Constitucional, "el ejercicio de esas funciones implica un cumplimiento de los compromisos que estos adquieren con el Estado y con la sociedad" y una consecuencia de ello es la aplicación del derecho disciplinario".

Comparte, en consecuencia, la solicitud de inexequibilidad formulada en la demanda.

I. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación rindió en término el concepto de su competencia y en él solicitó a la Corte "declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA de la expresión "salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado", bajo el entendido de que se les aplicará el derecho disciplinario a las personas que se desempeñan en dichas entidades cuando ejerzan funciones públicas conforme a la ley", solicitud que fundamentó de la siguiente manera:

"Al precisar el alcance de la expresión: "empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado", se encuentra que ésta alude a las sociedades de economía mixta. Estas sociedades son definidas, en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, como 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 del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley. El artículo 461 del Código de Comercio señala que son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y capital privado, las cuales se sujetan a las reglas del derecho privado.

"Las sociedades de economía mixta desarrollan por regla general actividades industriales y comerciales, pero por excepción pueden desarrollar otras actividades. La clase de actividad que se desarrolle no es indiferente respecto al derecho que le es aplicable y a la responsabilidad que se deriva de la misma.

"En cuanto a las actividades excepcionales, en las cuales es aplicable el derecho público, se suele señalar, por vía de ejemplo, aquellas que tienen que ver con las relaciones entre las sociedades de economía mixta y la administración, como sucede en general con los particulares; aquellas que correspondan al ejercicio de funciones administrativas; y aquellas en las que, en materia de contratación, cuando la participación del Estado sea superior al 50% del capital, al tenor del literal a) del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, se considera que las sociedades de economía mixta actúan como entidades estatales y su actividad contractual comporta el ejercicio de una función pública.

"En materia laboral hay controversia sobre el derecho aplicable a las sociedades de economía mixta, al no existir norma expresa que regule esa situación. De esta controversia da cuenta el autor Libardo Rodríguez R., en su Derecho Administrativo General y Colombiano, publicado por la Editorial Temis, en el año 2008, en la página 136 y siguientes.

"El Consejo de Estado sostiene que aquellas sociedades en las que la participación económica estatal sea menor al 50% de su capital social, los empleados se consideran particulares, sujetos a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo; si la participación es igual o superior al 50% y menor del 90%, los empleados tienen la calidad de trabajadores oficiales, sometidos a una mezcla de derecho laboral administrativo y de derecho laboral común; en aquellas sociedades en las que la participación estatal sea igual o superior al 90%, la mayoría de los empleados serán trabajadores oficiales.

"La Corte Suprema de Justicia sostiene que las sociedades de economía mixta se rigen por las reglas del derecho privado, incluso en lo relativo al estatuto laboral de sus servidores. Sus

trabajadores son particulares y sólo por excepción, cuando el aporte oficial es igual o superior al 90% del capital social, sus actividades se regulan por los preceptos aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado, siendo sus empleados trabajadores oficiales.

“La discusión, como se ve, gira en torno del criterio de distinción formal u orgánica, es decir, sobre si se considera el asunto de acuerdo a la participación estatal en las sociedades de economía mixta, los empleados son trabajadores particulares o trabajadores oficiales. Al menos en el caso de estos últimos es claro que se trata de servidores públicos, al tenor del artículo 123 Superior y, por lo tanto, sujetos del derecho disciplinario en los términos del artículo 25 de la Ley 734 de 2002.

“El análisis debe entonces centrarse en el caso de sociedades de economía mixta en las cuales la participación del Estado sea inferior al 90%, para establecer si sus trabajadores pueden o no ser sujetos del derecho disciplinario. Ello exige revisar lo dicho por la Corte sobre la responsabilidad disciplinaria de los particulares en aquellos casos en los cuales se les confía el ejercicio de una función pública.

“En el tema en comento la Corte, desde la Sentencia C-286 de 1996, acoge de manera reiterada el criterio material como fundamento de la imputación disciplinaria de los particulares. Conforme a este criterio, sostiene la Corte que la aplicación del derecho disciplinario surge a partir del ejercicio de la función y no del vínculo, es decir, que en el caso del servidor público, por el hecho de serlo, queda sometido al régimen disciplinario conforme a la Constitución y a la ley, en razón de su investidura, pues es titular genérico de las funciones públicas que su cargo implica, con independencia de si las ejerce o no. La responsabilidad del particular, al no ser servidor público, pues no tiene un vínculo de subordinación o de dependencia con el Estado, en cualquiera de los cargos, organismos, entidades o corporaciones que hacen parte de su estructura, se funda en un factor objetivo y material: el ejercicio de la función pública que le ha sido confiada, pues este ejercicio afecta el interés público y, en esa medida, supera el ámbito del derecho privado”.

(…)

“El anterior criterio es reiterado por la Corte en las Sentencias C-563 de 1998 y C-181 de 2002. En la Sentencia C-037 de 2003, la Corte amplia e impulsa este criterio al considerar que el ejercer o cumplir funciones públicas es un elemento esencial para determinar si el particular es o no sujeto del control disciplinario, como pasa a verse.

“La Corte, al precisar el concepto de función pública, dice que ésta es el conjunto de funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y de las demás entidades o agencias públicas, en orden de alcanzar sus fines; funciones que no sólo son predicables de las personas que se vinculan al Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión del cargo, sino también de los particulares que, en los casos establecidos en la Constitución y la ley, pueden investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas o judiciales.

“Al desarrollar su discurso, la Corte distingue las nociones de función pública y de servicio

público, para concluir que sólo el ejercicio de una función pública da a lugar a la acción de la potestad disciplinaria en contra de los particulares. De ello se sigue que el sólo hecho de que un particular esté a cargo de la prestación de un servicio público no lo hace sujeto del derecho disciplinario.

(…)

“El discurso de la Corte culmina con la conclusión de que no es posible asimilar en la Constitución los conceptos de función pública y de servicio público, pues la primera se manifiesta mediante mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio inherente a la autoridad del Estado, mientras que el segundo se manifiesta de manera principal en prestaciones a los particulares.

“El particular involucrado con la simple prestación de un servicio público, no se encontraría sometido al control de las autoridades disciplinarias, por cuanto, si bien está sujeto a la regulación y control del Estado para asegurar el cumplimiento de los fines que en este campo señala la Carta, no cumple una función pública objeto de control disciplinario, ya que para ello es necesario que dicha prestación involucre el ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, que hayan sido atribuidas de manera expresa por el legislador al particular encargado de la misma. Sólo así habrá lugar a la aplicación de dicho régimen, en relación con el ejercicio de dichas potestades.

“En análisis de lo dicho por la Corte en las providencias señaladas, permite sostener que el control disciplinario está reservado en la Constitución para aquellas personas que, no siendo servidores públicos, cumplan de manera permanente o transitoria funciones públicas. Ello no implica de manera necesaria que cumplir con estas funciones se pueda asimilar a prestar servicios públicos, ya que la Carta, según lo decanta la Corte, distingue ambas nociones.

“Las sociedades de economía mixta se rigen por el derecho privado y, por regla general, sus trabajadores son particulares, que en principio no están sometidos a las reglas del derecho disciplinario, como lo señala el artículo 53 de la Ley 734 de 2002. Empero, dicha norma debe interpretarse de acuerdo con el criterio expuesto en los anteriores párrafos, para determinar en cada caso si el particular cumple o no funciones públicas. La decisión legal de excluir a esa clase de sociedades del control disciplinario, se debe entender como la regla general, pues la mayor parte de las actuaciones de los particulares que hacen parte de ellas no comporta el ejercicio de una función pública en los términos antes señalados. No obstante, en el caso excepcional de que a dichos particulares se les asigne el ejercicio de funciones públicas o, en desarrollo del objeto social, haya lugar a ejercerlas, es menester emplear el criterio material y, en consecuencia, asumir que el derecho disciplinario les es aplicable.

“Se podría argumentar que la exclusión establecida en la ley no hace distinciones, por lo que no le es dable al intérprete hacerlas. Sin embargo, el criterio material u objetivo, que implica hacer distinciones, emana de la propia Constitución y ha sido reconocido y reiterado por la propia Corte. Por lo tanto, al interpretar la norma conforme a la Carta, no es posible ignorar el referido criterio, ya que ello equivaldría a ignorar la misma Constitución. Este proceder no sería válido ni razonable”.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, al tenor de lo dispuesto en el artículo 241-4 de la Constitución.

2. Planteamiento de la cuestión y asuntos jurídicos a tratar

La demandante pretende que se declare la inconstitucionalidad de la expresión “salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado”, contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, “Por la cual se expide el Código Disciplinario Unico”.

El artículo 53 del que hace parte el segmento demandado se ocupa de los sujetos disciplinables y, por esa razón, indica a quienes se les aplica el régimen disciplinario establecido en la Ley 734 de 2002, de modo que después de mencionar a los particulares que cumplan labores de interventoría, ejerzan funciones públicas, en lo que tiene que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política o administren recursos de este, exceptúa a las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.

En contra de la excepción contemplada en la última frase la actora formula sus cargos de inconstitucionalidad, pues considera que quienes trabajan en las allí denominadas “empresas de economía mixta” sometidas al régimen privado también integran el conjunto de los sujetos a los que se les debe aplicar el régimen disciplinario previsto en la mencionada Ley 734 de 2002.

A juicio de la libelista, la comentada exclusión carece de justificación constitucional, porque el artículo 123 de la Carta incluye dentro de los servidores públicos a “los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios” y, de conformidad con el artículo 38-2 de la Ley 489 de 1998, las sociedades de economía mixta hacen parte del sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del poder público, de donde se desprende que las personas que laboran en tales sociedades son servidores públicos y que no tienen la condición de particulares que les asigna el aparte censurado.

Con base en lo anterior aduce la violación del artículo 13 superior, ya que, en su criterio, la expresión tachada de inconstitucionalidad otorga un trato diferente e injustificado al excluir del poder disciplinario estatal a las personas que laboran en las sociedades de economía mixta regidas por el derecho privado, lo cual queda en evidencia cuando se repara en que el artículo 25 de la misma Ley 734 de 2002 hace destinatarios de la ley disciplinaria a los servidores públicos, particulares, indígenas que administren recursos públicos, así como a los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones, y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria, lo que le lleva a concluir que con mayor razón deben estar incluidos “los servidores de una sociedad comercial que cuenta con aportes estatales”.

La posición de la actora es compartida en la intervención de la Universidad del Norte y, en cierta medida, por el Procurador General de la Nación, quien asevera que la responsabilidad disciplinaria de los particulares cuando se les confía el ejercicio de una función pública no

surge del vínculo, sino del ejercicio mismo de la función que constituye un factor objetivo o material, en cuanto el cumplimiento de funciones públicas “afecta el interés público y, en esa medida, supera el ámbito del derecho privado”.

Debe la Corte determinar si la exclusión de las sociedades de economía mixta regidas por el derecho privado de la aplicación del régimen disciplinario es contraria a los artículos 123 y 13 de la Carta y si de estas disposiciones superiores se deriva que este tipo de sociedades se debe sujetar al derecho disciplinario previsto en la Ley 734 de 2002.

Para resolver la cuestión así planteada, en primer término la Corte se referirá al régimen de las sociedades de economía mixta y, en líneas generales, denotará la forma de vinculación de las personas que prestan sus servicios en ellas y las clases de funciones que cumplen, para luego determinar el alcance del vínculo en contraste con el carácter de las funciones cumplidas y resolver los cargos formulados en la demanda.

3. Las sociedades de economía mixta

En el marco del Estado unitario que define el artículo 1º de la Carta, el constituyente le concedió una gran relevancia a la idea de descentralización, que comporta el ejercicio autónomo de ciertas funciones por parte de algunas entidades públicas que se gobiernan por sí mismas.

La descentralización admite varias modalidades, como que, junto a la de carácter territorial, aún antes de la vigencia de la Constitución de 1991 se le había dado cabida a la denominada descentralización por servicios1, en cuyo caso se le otorgan a entidades públicas no territoriales algunas funciones que les permiten ejercer, autónomamente, una actividad especializada, dado el grado de tecnificación requerido por el ejercicio de ciertas competencias y aún la conveniencia de que sean cumplidas en concurrencia con los particulares.

Dentro de las entidades descentralizadas por servicios, tradicionalmente fueron clasificados los establecimientos públicos, así como las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. Esa nomenclatura subsiste, pues la Constitución vigente, en su artículo 150-7, faculta al Congreso de la República para “crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta”, competencia que los artículos 307-7 y 313-6 de la Carta conceden a las asambleas y a los concejos que, respectivamente, pueden crear los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del departamento o del municipio o distrito y autorizar la formación o constitución de sociedades de economía mixta, para todo lo cual, en el ámbito municipal o distrital, corresponde al alcalde la iniciativa.

De conformidad con el artículo 150-7, ya citado, y con el artículo 210 de la Carta, “las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios solo pueden ser creadas por ley o por autorización de esta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa”, lo que, desde luego, resulta aplicable a las sociedades de economía mixta, legalmente definidas en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 “como 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 del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley".

Agregaba el artículo últimamente citado que para la calificación de una sociedad comercial como de economía mixta era necesario que "el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales o comerciales del Estado o sociedades de economía mixta" no fuera "inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado".

Sin embargo, esta parte de la definición fue hallada inconstitucional por esta Corte, tras estimar que los artículos 150-7, 300-7 y 313-6 confieren competencia, en su orden, al Congreso, las asambleas y los concejos para crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta, "sin que se hubieren señalado porcentajes mínimos de participación de los entes estatales en la composición del capital de tales sociedades", lo cual significa que una sociedad de economía mixta tan solo requiere que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales" y que su calidad de 'mixta' surge de que "su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares"2.

Como en otra oportunidad lo destacó la Corte, para la existencia de las sociedades de economía mixta no basta la autorización legal, "pues en atención a que son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales, es indispensable la celebración de un contrato entre el Estado o sus entidades y los particulares que van a ser parte de ellas", de modo que "su organización es la propia de las sociedades comerciales" previstas en el Código de Comercio, sus estatutos son expedidos por los socios y están contenidos en el contrato social, no obstante lo cual "no son particulares", sino organismos vinculados del nivel descentralizado, que hacen parte de la estructura de la Administración Pública3.

En este sentido, la Corporación ha advertido que las sociedades de economía mixta, pese a su naturaleza jurídica específica, "no pierden su carácter de expresiones de la actividad estatal" y que, por lo tanto, "no es acertado sostener que la participación de particulares en la composición accionaria y la ejecución de actividades comerciales en pie de igualdad con las sociedades privadas sean motivo para excluir a las sociedades de economía mixta de la estructura del estado"4.

La pertenencia a la estructura del Estado se evidencia en el aporte público para la constitución del capital social, así como en su condición de entidades descentralizadas que "como todas las demás entidades descentralizadas por servicios, según lo ha explicado tradicionalmente la teoría administrativa clásica, se 'vinculan' a la Rama Ejecutiva del Poder Público, es decir a la Administración Central"5.

Ahora bien, la demandante considera que como "las sociedades de economía mixta hacen parte del sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del sector público", las personas que prestan sus servicios en ellas son servidores públicos, ya que el artículo 123 superior les confiere tal calidad a "los empleados y trabajadores del Estado y de sus

entidades descentralizadas territorialmente y por servicios", pese a lo cual la expresión demandada les da el trato de particulares, siendo que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 6º de la Constitución, "los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes", mientras que "los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

Los anteriores argumentos imponen efectuar una referencia al régimen jurídico de los servidores de las sociedades de economía mixta.

4. El régimen jurídico de los servidores de las sociedades de economía mixta

El artículo 210 de la Carta señala que "la ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes" y, conforme lo ha interpretado la Corte, el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta, como entidades descentralizadas, ha de ser fijado mediante ley.

Del régimen jurídico de las sociedades de economía mixta hace parte la definición del régimen jurídico de sus servidores o, en otros términos, de la clase de vínculo que une a las personas que laboran en ellas con esas entidades descentralizadas, luego es claro que al legislador le compete regular esa relación6.

En este orden de ideas cabe recordar que, según el citado artículo 97 de la Ley 489 de 1998, las sociedades de economía mixta "desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley", al paso que el Código de Comercio, en su artículo 461 establece que estas sociedades "se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario".

Como se ha destacado en la jurisprudencia constitucional, "el Congreso ha establecido como regla general" que las sociedades de economía mixta "están sujetas a un régimen de derecho privado", en razón del "tipo de actividades industriales y comerciales que llevan a cabo" y con "la situación de concurrencia y competencia económica en que se cumplen tales actividades", lo que implica que, "por razones funcionales y técnicas, se adecue más al desarrollo de tales actividades la vinculación de sus trabajadores mediante un régimen de derecho privado"7.

Que los trabajadores de las sociedades de economía mixta se vinculen mediante un régimen derecho privado no se opone a que sean servidores públicos, pues así surge del artículo 123 de la Constitución, invocado en la demanda y también del artículo 125 superior que, al sentar las bases de la carrera administrativa, exceptúa de ese régimen los empleos "de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley".

Con fundamento en las disposiciones que se acaban de citar, la Corte ha concluido que la noción de servidor público es genérica y que comprende diferentes especies, entre las que se encuentran los trabajadores oficiales, quienes, a diferencia de los empleados públicos, no se vinculan a la administración mediante una relación legal y reglamentaria, sino en virtud de un contrato de trabajo, sin perjuicio de que el legislador "pueda establecer nuevas

denominaciones, clases o grupos de servidores públicos”8.

5. Los servidores de las sociedades de economía mixta y el régimen disciplinario

Fundándose en que las personas naturales que prestan sus servicios en las sociedades de economía mixta son servidores públicos, la demandante estima que se les debe aplicar el régimen disciplinario previsto en la Ley 734 de 2002 y que, por consiguiente, es inconstitucional la exclusión de “las empresas de economía mixta que se rijan por el derecho privado” del conjunto de sujetos disciplinables contemplado en el artículo 53 de la ley citada, por contrariar el artículo 123 que les otorga la categoría de servidores públicos y el artículo 13 superior, en la medida en que sin justificación atendible les otorga un trato diferenciado a quienes laboran en las sociedades de economía mixta.

En contra de la posición esgrimida en la demanda se suele invocar la vinculación de los trabajadores a las sociedades de economía mixta mediante un régimen de derecho privado, pero la actora insiste en la condición de servidores públicos y en su fundamento constitucional y el señor Procurador General de la Nación avala en parte su criterio, por considerar que “la aplicación del derecho disciplinario surge a partir del ejercicio de la función y no del vínculo”, de manera que el servidor público, en cuanto titular genérico de funciones públicas, queda sometido al régimen disciplinario, mientras que la responsabilidad del particular que no es servidor público “se funda en un factor objetivo y material”, cual es “el ejercicio de la función pública que le ha sido confiada, pues este ejercicio afecta el interés público y, en esa medida, supera el ámbito del derecho privado”.

El Jefe del Ministerio Público manifiesta que su criterio se basa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y al respecto conviene tener en cuenta que la Corporación ha admitido una evolución en el tratamiento de la responsabilidad de los particulares que cumplen funciones públicas de carácter administrativo susceptibles de ser transferidas a ellos y, en especial, tratándose de su condición de destinatarios de la ley disciplinaria.

En efecto, en un primer momento, la jurisprudencia constitucional indicó que “el criterio determinante para establecer si un particular podía ser sujeto o no de responsabilidad disciplinaria estaba dado por el tipo de relación con el Estado”, de tal forma que “si de dicha relación no se derivaba una especial subordinación del particular frente al Estado, no cabía la aplicación del régimen disciplinario”9, como lo estimó la Corte al declarar la inexequibilidad de algunas expresiones contenidas en los artículos 29 y 32 de la Ley 200 de 1995, con fundamento en que la inexistencia de una relación de subordinación entre los contratistas de prestación de servicios y la administración significaba que esos contratistas no eran destinatarios de la ley disciplinaria”10.

En una segunda etapa, la Corporación precisó que el criterio subjetivo, “plenamente aplicable para el caso de los servidores públicos, debía sustituirse en el caso de los particulares por un criterio material que no atendiera a la calidad o condición de quien actúa sino a la función pública que le haya sido encomendada y al interés, también público, que a ella es inherente”11, dado que “tal ejercicio de funciones públicas no puede estar despojado de los necesarios controles ni hallarse exento de las responsabilidades que en sí mismo implica”, eventos en los cuales “la responsabilidad del particular es material y la aplicación del régimen disciplinario objetiva”, de modo que cambia la lectura del artículo 6º superior “que

ya no admite una interpretación literal sino sistemática", pues el particular "por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de esta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad"12.

La síntesis de la evolución jurisprudencial de la que se acaba de dar cuenta conduce a afirmar que "el criterio esencial para determinar si un particular puede ser sujeto o no del control disciplinario, lo constituye el hecho de que este cumpla o no funciones públicas" o, en términos más generales, que "el control disciplinario fue reservado por el Constituyente para quienes cumplen de manera permanente o transitoria funciones públicas"13.

En lo hasta aquí expuesto se alcanza a advertir cierta contradicción entre el planteamiento de la actora y el esbozado por el Procurador, ya que, mientras la demanda se finca en la calidad de servidores públicos que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 123 superior, tienen quienes prestan sus servicios en las sociedades de economía mixta, la vista fiscal parte de la condición de particulares de estas personas que, de otra parte, cumplirían funciones públicas. Interesa, entonces, hacer referencia a la calidad de quienes laboran en las sociedades de economía mixta.

5.1. La calidad de los servidores de las sociedades de economía mixta

En cuanto a este aspecto, la jurisprudencia de la Corte llegó a estimar que cuando para el ejercicio de las funciones y actividades propias de las entidades estatales se acude a la constitución de entidades en cuyo seno concurren el Estado y los particulares, "la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su status de particulares ni los convierte por este hecho en servidores públicos", sin perjuicio de que "el ejercicio de dichas funciones públicas implique un incremento de los compromisos que estos adquieren con el Estado y con la sociedad"14.

Sin embargo, como se ha puesto de presente, en la ya citada Sentencia C-736 de 2007, en específica y directa alusión a las sociedades de economía mixta, la Corte consideró que, "en virtud de lo dispuesto por el artículo 123", sus "empleados y trabajadores" son "servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas".

Así pues, se impone considerar que es menester analizar cada caso específico y determinar cuál es el régimen de los respectivos servidores o trabajadores, en lugar de generalizar una conclusión y pretender derivar de ella alguna posición absoluta. En este sentido la Corte repara en que, aun tratándose de los particulares que desarrollan funciones públicas, el vínculo con el Estado no surge de la misma manera en todos los casos, puesto que, en ciertas situaciones se atribuyen directamente funciones administrativas a una organización de origen privado, en otras oportunidades se autoriza a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para que atribuyan algunas a particulares, mediante un convenio precedido de un acto administrativo y, en una tercera hipótesis, se procura la concurrencia de las entidades estatales con los particulares, merced a la formación de entidades caracterizadas por esa concurrencia, como sucede, precisamente, con las sociedades de economía mixta15.

En armonía con las precedentes consideraciones, en la Sentencia C-736 de 2007, la Corte

estimó que, tratándose de los servidores públicos hay diferentes especies, una de las cuales corresponde a las personas naturales que prestan sus servicios en las sociedades de economía mixta, pese a que estas entidades se rijan de conformidad con las reglas del derecho privado que también se aplican a la vinculación de sus trabajadores.

5.1.1. La calidad de los servidores de las sociedades de economía mixta y el régimen jurídico de estas

Que lo anterior sea así depende de que el artículo 210 de la Constitución le asigna al legislador el establecimiento del "régimen jurídico de las entidades descentralizadas" y de que, según se ha visto, de ese régimen jurídico hace parte el señalamiento del tipo de vínculo que une a las entidades descentralizadas, y entre ellas a las sociedades de economía mixta, con las personas que les prestan sus servicios.

En la sentencia C-629 de 2003 la Corte indagó acerca de la constitucionalidad de la conformación de las sociedades de economía mixta "bajo la forma de sociedades comerciales", a pesar de que su capital social se integre por aportes estatales y de capital privado, así como sobre la constitucionalidad de la asignación de un régimen de derecho privado a una sociedad de esta clase.

Para responder a los mencionados interrogantes la Corporación se refirió a la existencia de zonas de certeza positiva y de certeza negativa, entre las cuales queda una zona de incertidumbre librada a la decisión del legislador. En la zona de certeza positiva "aparecerían aquellos supuestos en los cuales no es posible acudir a la aplicación del régimen de derecho privado", como acontece con la actividades de política pública, mientras que en la zona de certeza negativa "aparecen aquellas actividades, generalmente de gestión económica o de producción de bienes (…) que el Estado opta por desarrollar en competencia con agentes económicos particulares"16.

De conformidad con el anterior esquema, la Corte concluyó que las sociedades de economía mixta "de acuerdo con la ley han de organizarse, bajo la forma de sociedades comerciales, tienen como objeto social el desarrollo de actividades industriales y comerciales" y, estándoles vedado el desarrollo de actividades monopolizadas a favor del Estado, "tienen vocación para actuar solo en aquellos ámbitos librados a la plena competencia con agentes económicos íntegramente privados", razones todas que explican la decisión del legislador de "definir que el régimen jurídico aplicable a tales organismos sea el de derecho privado"17, lo que, tratándose de sus servidores, se traduce en que "por razones funcionales y técnicas" resulta más adecuado "al desarrollo de tales actividades la vinculación de sus trabajadores mediante un régimen de derecho privado"18.

5.1.2. El régimen jurídico de las sociedades de economía mixta y sus excepciones

Ahora bien, aunque la regla general indica que las sociedades de economía mixta están sujetas a un régimen de derecho privado, el hecho de que al legislador le corresponda definir su régimen jurídico le permite introducir "diferencias"19 o "salvedades a la aplicación del régimen general establecido para dichas sociedades de economía mixta"20.

Tales diferencias o salvedades se fundan en "el porcentaje de capital público presente en

dichas entidades”21, ya que, “en atención al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales en las empresas de economía mixta, puede el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pues es claro que para el efecto existe libertad de configuración legislativa”22.

Ejemplo de lo anterior es el parágrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, de acuerdo con cuyas voces “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 90% del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado”.

Así mismo, a título de ejemplo, también cabe citar que la Corte encontró avenida a la Constitución una expresión contenida en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, según la cual, para efectos de contratación administrativa, son entidades estatales aquellas “en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%)23, tras estimar que “entre las salvedades al régimen general aplicable” bien puede estar la que prevé que para los solos efectos de contratación se considere que a algunas sociedades de economía mixta se les aplique “el estatuto de contratación de las entidades estatales”24.

La Corte ha advertido que las salvedades al régimen de derecho privado basadas en el porcentaje de participación pública tienen un importante fundamento en la preponderante misión que les atañe a las sociedades de economía mixta “de atraer el capital privado hacia el desarrollo conjunto de proyectos de interés general y asumir directamente dentro de un ente societario los resultados de la correspondiente gestión con sus beneficios y responsabilidades”, elemento que “permite encontrar razonable que el legislador determine modulaciones en cuanto al régimen aplicable”25.

6. Las sociedades de economía mixta sometidas a las reglas del derecho privado y el régimen disciplinario

Conforme se ha visto, la actora solicita la declaración de inconstitucionalidad de la salvedad que el legislador ha introducido en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, al señalar que, dentro del conjunto de sujetos sometidos al régimen disciplinario previsto en esa ley, no están incluidas “las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado”, porque, a su juicio, basta la condición de servidores públicos, que el artículo 123 superior les confiere a las personas que laboran en las sociedades de economía mixta, para deducir que son sujetos disciplinables, como, según su criterio, lo son todos los servidores públicos.

De acuerdo con lo que se ha expuesto, al legislador corresponde establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y, en consecuencia, lo relativo a la responsabilidad de las personas que en ellas laboran, como aparece corroborado en el artículo 124 de la Constitución, que encarga a la ley de determinar “la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.

Así pues, “la Constitución también deja en manos del legislador el establecimiento de la responsabilidad de los servidores públicos” y como las personas que prestan sus servicios en las sociedades de economía mixta son servidores públicos, fuerzan concluir que el legislador

puede ocuparse de definir lo referente a su responsabilidad.

Como quiera que, según lo previsto en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, el legislador ha decidido que las sociedades de economía mixta se rijan conforme a las reglas del derecho privado, cabe pensar que la responsabilidad de sus servidores está sometida a ese mismo régimen que, de acuerdo con lo ya puesto de manifiesto, también es reconocido en el artículo 461 del Código de Comercio como el propio de estas sociedades, pues allí se indica que "se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria".

Especial relevancia tienen en el caso de las sociedades de economía mixta los particulares que concurren con el Estado para su conformación y, dado que se trata de organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales, resulta "indispensable la celebración de un contrato entre el Estado o sus entidades y los particulares que van a ser parte de ellas", debiéndose destacar que "la participación económica de particulares conlleva la intervención de estos tanto en el manejo de la sociedad como en la toma de decisiones, según sea el monto del aporte", de manera que el Estado no actúa solo "sino en compañía de su socio, es decir de un particular" y, por ello, "habrá reparto de utilidades y de pérdidas entre sus socios", ya que los dineros que reciban por el ejercicio de su actividad "serán repartidos entre las entidades públicas y los particulares"26.

6.1. El objeto social de las sociedades de economía mixta y la responsabilidad de sus servidores

El artículo 97 de la Ley 489 de 1998 precisa que las sociedades de economía mixta "desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial" y este elemento de su configuración aporta una importante explicación acerca del régimen jurídico al que se somete la responsabilidad de sus servidores y de la exclusión de algunas de ellas del conjunto de los sujetos que son disciplinables de conformidad con la Ley 734 de 2002.

La responsabilidad exigida de acuerdo con las reglas del derecho privado a las que, por regla general, las ha sometido el legislador, tiene clara correspondencia con el objeto social de las sociedades de economía mixta que, si bien es cierto, cuentan con aportes de índole pública, están caracterizadas por el ánimo de lucro que persiguen los comercialmente asociados, mediante el desarrollo de actividades industriales o comerciales que acercan al Estado o a sus entidades al ámbito propio de los particulares, hasta el punto de tornar recomendable la sujeción a un régimen de derecho privado, juzgado más acorde con "el tipo de actividades industriales y comerciales", con "la situación de concurrencia con los particulares y con razones funcionales y técnicas atinentes al cumplimiento de su objeto social27.

En relación con los argumentos precedentes, la Corte Constitucional ha estimado que el legislador, al determinar el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta, debe "adoptar el modelo institucional adecuado teniendo en cuenta aspectos específicos como la actividad que el mismo asigne" y "dotar a la entidad que crea del coherente régimen jurídico que permita a esta cumplir el objeto y finalidades asignadas por el propio legislador"28.

A renglón seguido, la Corporación apuntó que "en la medida en que la sociedad de economía mixta ostenta legalmente características, dentro de las cuales no cabe el ejercicio de 'función administrativa', ya que, según la misma ley, debe cumplir actividades industriales y

comerciales conforme al derecho privado, “no es pertinente aludir a violación de aquellos principios propios de la función administrativa por la circunstancia de que el legislador asigne a la entidad un régimen de derecho privado”29.

7. Conclusiones relacionadas con la constitucionalidad de la expresión acusada

Fluye de lo hasta aquí considerado que al establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas por servicios y al definir lo concerniente a la responsabilidad de sus trabajadores, el legislador puede tener en cuenta las características propias de cada tipo de entidad y las diferencias existentes entre ellas y que, por lo mismo, la pretensión de la actora en el sentido de que se aplique el régimen disciplinario a todos los servidores públicos, incluidos los que laboran en las sociedades de economía mixta, resulta excesiva, pues desconoce los caracteres propios de cada entidad, la potestad de configuración del legislador para definir el correspondiente régimen jurídico y, por consiguiente, lo relativo a la responsabilidad y también desconoce que, conforme se ha explicado, el concepto de servidor público es genérico y comprende varias especies, entre las cuales se encuentra el trabajador de las sociedades de economía mixta, vinculado a ellas mediante un régimen de derecho privado.

Entonces, no resulta acertada la correspondencia mecánica que la demanda establece entre la categoría de servidor público y la automática aplicación del régimen disciplinario contemplado en la Ley 734 de 2002, pues la asignación del régimen por el cual ha de regularse y hacerse efectiva la responsabilidad no es una consecuencia inexorable de la calidad de servidor público, sino que obedece a las singularidades de las diversas clases de entidades descentralizadas por servicios y a la evaluación que de esas especificidades haga el legislador, siempre de conformidad con la Carta que, como se visto, le autoriza para establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas.

Analizadas las características de las sociedades de economía mixta, la Corte encuentra que la exclusión de aquellas que se rijan por el régimen privado del conjunto de sujetos disciplinables definido en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 no resulta contraria al artículo 123 de la Constitución, pues es acorde con el régimen jurídico que según el artículo 210 superior le corresponde establecer al legislador y, en materia de responsabilidad, con la facultad legislativa expresamente prevista en el artículo 124 de la Carta Fundamental.

Esta conclusión tiene refuerzo en otro argumento vertido en el concepto del señor Procurador General de la Nación y ya examinado en esta providencia, de conformidad con el cual un criterio material ligado al tipo de funciones efectivamente desempeñadas prevalece sobre el formal relativo al vínculo, cuando se trata de decidir acerca del régimen de responsabilidad aplicable a los servidores públicos o a los particulares que colaboran con la administración.

Y es que si se observa que el objeto social de las sociedades de economía mixta consiste en el cumplimiento de actividades de naturaleza industrial y comercial, se percibe como razonable la exclusión de sus trabajadores del régimen disciplinario contemplado en la Ley 734 de 2002, en la medida en que este tipo de actividades no comportan propiamente el ejercicio de una función administrativa30 y en que su desarrollo aproxima al Estado o a sus entidades a la esfera de quienes, como particulares, actúan guiados por el ánimo de obtener un lucro.

El mismo Procurador General de la Nación admite que “las sociedades de economía mixta se rigen por el derecho privado y, por regla general, sus trabajadores son particulares, que en principio no están sometidos a las reglas del derecho disciplinario” y, siendo esa la situación, cabe preguntar si en esta materia pueden existir excepciones.

7.1. Las excepciones al no sometimiento de los servidores de las sociedades de economía mixta al régimen disciplinario

Sobre este particular conviene reparar en que la propia redacción de la expresión demandada advierte sobre la existencia de excepciones, pues al dejar a salvo del régimen disciplinario a las sociedades de economía mixta “que se rijan por el derecho privado”, permite inferir que hay otras entidades de este tipo que no se rigen por el derecho privado, lo que tiene respaldo en el artículo 124 superior que, conforme se vio, encarga al legislador de determinar la responsabilidad de los servidores públicos “y la manera de hacerla efectiva”.

En cuanto encargado de la determinación de esa responsabilidad y de la manera de hacerla efectiva, el legislador puede establecer excepciones a las reglas de derecho privado que rigen a las sociedades de economía mixta, como, por lo demás, se desprende del artículo 97 de la Ley 489 de 1998 que, tras señalar que desarrollan sus actividades conforme a las reglas del derecho privado, agrega “salvo las excepciones que consagre la ley”, y del artículo 461 del Código de Comercio que, en idéntico sentido, señala que las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, “salvo disposición legal en contrario”.

El ya citado parágrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998 establece una excepción al señalar que el régimen de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al 90% del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado, lo que ha llevado al Jefe del Ministerio Público a conceptuar que el análisis la cuestión planteada en la demanda “debe entonces centrarse en el caso de las sociedades de economía mixta en las cuales la participación del Estado sea inferior al 90%”.

La censura entonces planteada radicaba en que el demandante consideraba inconstitucional que el citado régimen solo se aplicara en las sociedades de economía mixta en las que el Estado tuviera el 90% o más del capital social y no en todas, mientras que se dejaba por fuera a aquellas sociedades en las que el aporte estatal no superara el 90%.

Frente a este cuestionamiento, la Corte recordó que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 210 de la Carta, el legislador está facultado para establecer la responsabilidad de los presidentes, directores o gerentes de las entidades descentralizadas y que, al ejercer esta competencia, “bien puede establecer diferencias fundadas en el porcentaje de capital público presente en dichas entidades”, lo cual tiene una justificación constitucionalmente válida, porque “el alto porcentaje de capital público “resulta adecuado para el logro del referido propósito de atraer a los particulares a asociarse para el desarrollo de actividades industriales y comerciales, logrando así objetivos públicos de fomento o intervención económica políticamente definidos y considerados como de interés general”31.

7.1.1. Las excepciones en materia de responsabilidad de los servidores de las sociedades de economía mixta y el legislador

De lo expuesto se deduce que en materia de responsabilidad caben las excepciones al régimen de derecho privado al que se someten las sociedades de economía mixta, incluso en aquellas en las que el porcentaje de la participación estatal en el capital social equivalga a menos del 90%, pero la Corte destaca que, de conformidad con la Constitución, todas las excepciones a las reglas del derecho privado deben ser establecidas por el legislador, en cuanto facultado para determinar el régimen jurídico de las entidades descentralizadas.

Así lo ha estimado la Corporación al puntualizar que "con arreglo al principio de legalidad", surgido del artículo 6º superior, "la incorporación de los particulares que ejercen funciones públicas como sujetos pasibles del poder disciplinario no representa ni podría representar, so pena de flagrante oposición a los mandatos superiores, una norma abierta que de modo automático exponga a quien se halle en tal hipótesis al escrutinio arbitrario de su actividad por parte de los organismos que ejercen el poder disciplinario y a la expectativa de posibles procesos y sanciones ajenas a reglas legales predeterminadas o al derecho de defensa"32.

En la misma línea argumentativa, la Corporación acotó que la sola definición de las hipótesis en las que cabe la aplicación de la normatividad disciplinaria a servidores como los de las sociedades de economía mixta no implica "una definición íntegra del régimen disciplinario que el Estado puede aplicar a tales personas", pues, en tales eventualidades, también le corresponde al legislador establecer el régimen, "consagrar las faltas que pueden imputarse a las personas en dicha situación, estatuir las reglas procesales aplicables y las pertinentes sanciones, sin que pueda entenderse que se les traslada en bloque el régimen consagrado para los servidores públicos"33.

Desde luego el legislador tiene sus límites constitucionales y, en particular, los derivados del criterio material que autoriza el sometimiento al régimen disciplinario, de manera que únicamente cuando cuente con expresa autorización constitucional en relación con determinados servidores o cuando el servidor público vinculado a una sociedad de economía mixta cumpla una función pública, procede estimar que el legislador puede establecer la aplicación del régimen disciplinario.

En las condiciones anotadas, la Corte no encuentra contrariedad entre la expresión demandada y el artículo 123 de la Constitución ni considera que deba entrar a analizar la violación del artículo 13 superior que, según la demandante, se presenta por haberle conferido un trato diferente a las sociedades de economía mixta regidas por el derecho privado, pues la condición de servidor público no apareja como inexorable consecuencia la aplicación del régimen disciplinario previsto en la Ley 734 de 2002, dado que, habiendo variedad entre los servidores públicos, así como distintos regímenes jurídicos en lo atinente a su responsabilidad, la asimilación de todos, propuesta en la demanda, no ofrece el término de comparación adecuado para adelantar un juicio de igualdad.

8. La decisión a adoptar

El señor Procurador General de la Nación sugiere una declaración de exequibilidad de la expresión demandada, condicionada a que se entienda que el régimen disciplinario se aplica

a las personas que se desempeñan en dichas entidades cuando ejerzan funciones públicas conforme a la ley". La Corte considera que la fórmula sugerida es demasiado amplia, pues tanto la verificación de que se trata de funciones públicas, como la aplicación excepcional del régimen disciplinario son aspectos que le corresponde evaluar al legislador y que no pueden ser apreciados al margen de la ley que, en materia de responsabilidad, exceptúe el régimen de derecho privado al que están sometidas las sociedades de economía mixta.

Así las cosas, la Corte declarará la exequibilidad simple y por los cargos analizados, dado que la expresión "salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el derecho privado" se limita a establecer una excepción al régimen disciplinario que, como tal y de conformidad con el análisis efectuado, no riñe con la Carta, siendo del caso enfatizar que las excepciones a esta salvedad que, por consiguiente, impliquen la aplicación del derecho disciplinario, deben estar contenidas en otros apartados normativos e incluso en otras leyes o disposiciones, en relación con las cuales procede un análisis de constitucionalidad autónomo, siempre que, en la debida forma, se le pida a la Corte su realización.

Con fundamento en lo anterior, la Corte estima de interés reiterar que la excepción al régimen disciplinario de los servidores públicos contemplada en la preceptiva demandada opera siempre y cuando, en atención al objeto social de la sociedad de economía mixta de que se trate, sus servidores desarrollen funciones industriales y comerciales regidas por el derecho privado.

En armonía con lo precedente, la Corporación considera que como los particulares que forman parte de las sociedades de economía mixta conservan la condición de tales, en algún evento pueden ser encargados, en tanto particulares, del ejercicio de funciones públicas, supuesto en el cual pueden ser sujetos del régimen disciplinario previsto en la Ley 734 de 2002.

La anterior consideración no compromete la constitucionalidad de la disposición acusada, ni torna indispensable el condicionamiento al que alude el Ministerio Público, por cuanto la responsabilidad disciplinaria devendría de la aplicación de otros preceptos que permiten la asignación de funciones públicas a particulares.

Esto significa que el hecho mismo de ser miembro de una sociedad de economía mixta no implica la ausencia del control disciplinario respecto del eventual cumplimiento de funciones públicas por los particulares asociados, pero ese control debe estar sustentado en los preceptos que excepcionalmente autoricen encargar a los particulares del desarrollo de funciones de esa índole.

Se compadece esta interpretación con las exigencias propias del principio de legalidad que también ha de ser observado en el ámbito del derecho disciplinario, pues una fórmula abierta que solo hiciera alusión a las funciones públicas, sin determinar la fuente que permite su ejercicio a particulares, dejaría en manos de la autoridad disciplinaria la decisión acerca de si una determinada actividad comporta o no el ejercicio de funciones públicas y, por consiguiente, de si aplica o no el régimen disciplinario.

Finalmente, la Corporación estima de interés consignar que la constitucionalidad ahora declarada no significa ausencia total de controles en relación con las actividades regidas por

el derecho privado, porque las sociedades de economía mixta son organismos vinculados, pertenecientes a la estructura de la administración pública y, en los términos de las leyes respectivas, “están sujetas a la dirección y control administrativos”, así como “al control Fiscal por parte de la Contraloría General de la República y al régimen de garantías del patrimonio estatal “frente a la propia administración Estado y frente a los particulares”, pues la Constitución “determina consecuencias directas de la circunstancia de que una sociedad comercial tenga el carácter de sociedad de economía mixta y hace imperativa la vigilancia, seguimiento y control de los recursos estatales, cualquiera sea la forma de gestión de los mismos, en los términos que prevea la ley”34.

La Corte también ha considerado que las sociedades de economía mixta “están sujetas a un control político que ejerce el Congreso de la República, en virtud de lo reglado por el último inciso del artículo 208 de la Constitución Política” y que, aunque gozan de autonomía jurídica, son objeto del denominado control administrativo de tutela “por parte de las entidades a las que se vinculan” y en los términos actualmente establecidos en los artículos 41, 98 y 99 de la Ley 489 de 199835, fuera de las maneras de hacer efectiva la responsabilidad conforme al derecho privado y al derecho penal, si fuere el caso.

VII. DECISION

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

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados en esta sentencia, la expresión “salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado”, contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, “Por la cual se expide el Código Disciplinario Unico”.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese al expediente.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 En la Constitución de 1886 del tema se ocupaban los artículos 76-10 y 120-5 y, además, conviene mencionar los Decretos 1050 y 3130 de 1968.

2 Cfr. Sentencia C-953 de 1999.

3 Cfr. Sentencia C-316 de 2003.

4 Cfr. Sentencia C-529 de 2006.

5 Cfr. Sentencia C-736 de 2007.

6 Ibídem.

7 Ibídem.

8 Ibídem.

9 Cfr. Sentencia C-037 de 2003.

10 Cfr. Sentencia C-280 de 1996.

11 Cfr. Sentencia C-037 de 2003.

12 Cfr. Sentencia C-286 de 1996.

13 Cfr. Sentencia C-037 de 2003.

14 Ibídem.

15 Ibídem.

16 Cfr. Sentencia C-629 de 2003.

17 Ibídem.

18 Cfr. Sentencia C-736 de 2007.

19 Cfr. Sentencia C-736 de 2007.

20 Cfr. Sentencia C-629 de 2003.

21 Cfr. Sentencia C-736 de 2007.

22 Cfr. Sentencia C-953 de 1999.

23 Es de anotar que la Ley 1150 de 2007 introdujo modificaciones en la Ley 80 de 1993 y que, particularmente, en su artículo 14 establece:

"Del régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

"El régimen contractual de las empresas que no se encuentren exceptuadas en los términos señalados en el inciso anterior, será el previsto en el literal g) del numeral 2 del artículo 20 de la presente ley".

24 Cfr. Sentencia C-629 de 2003.

25 Ibídem.

26 Cfr. Sentencia C-316 de 2003.

27 Cfr. Sentencia C-736 de 2007.

29 Ibídem.

30 Ibídem.

31 Cfr. Sentencia C-736 de 2007

32 Cfr. Sentencias C-286 de 1996 y C-037 de 2003.

33 Ibídem.

34 Cfr. Sentencia C-629 de 2003.

35 Cfr. Sentencia C-736 de 2007.