

Sentencia C-736/07

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN REGIMEN DE SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA-Alcance

DESCENTRALIZACION POR SERVICIOS-Concepto

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Características

RAMA EJECUTIVA-Enumeración del artículo 115 de la Constitución sobre órganos que la conforman no es taxativa

GOBIERNO-Definición

GOBIERNO-Distinción frente a los conceptos de rama ejecutiva o administración pública

ADMINISTRACION CENTRAL-Concepto que abarca todos los organismos de la Rama Ejecutiva

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Pertenencia a la rama ejecutiva del poder público

La noción de Rama Ejecutiva Nacional corresponde a la de Administración Pública Central, y excluye a las otras ramas del poder y a los órganos constitucionalmente autónomos. Siendo así las cosas, no habría inconveniente constitucional para considerar que las sociedades de economía mixta, 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.

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Consecuencias derivadas de su vinculación a la rama ejecutiva

La vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva, y su condición de entidades descentralizadas, implica consecuencias que emergen de la propia Constitución cuales son particularmente las siguientes: (i) que están sujetas un control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, que toma pie en lo reglado por el artículo 267 de la Constitución, y que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados; (ii) que están sujetas a un control político, que ejerce directamente el Congreso de la República en virtud de lo reglado por el último inciso del artículo 208 de la Constitución Política. (iii) que de conformidad con lo prescrito por el artículo 150 numeral 7, según el cual al Congreso le corresponde “crear o autorizar la constitución de ... sociedades de economía mixta” del orden nacional, su creación o autorización tiene que producirse mediante ley. Correlativamente, en los órdenes departamental y municipal esta misma facultad se le reconoce a las asambleas y concejos, según lo prescriben los artículos 300 numeral 78 y 313 numeral 6, respectivamente, por cual en dichos niveles las empresas de servicios públicos que asumieran la forma de sociedades de economía mixta deben ser creadas o autorizadas mediante ordenanza o acuerdo, según sea el caso; (iv) que les son aplicables las inhabilidades para la integración de órganos directivos a que aluden los artículos 180-3, 292 y 323 de la Carta; (v) que en materia presupuestal quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto; (vi) que en materia contable quedan sujetas a las reglas de

contabilidad oficial;

ENTIDAD DESCENTRALIZADA POR SERVICIOS-Objeto del control de tutela

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Legislator puede establecer regímenes jurídicos comunes o diferentes

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Elementos configurativos

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Naturaleza jurídica especial

El constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial.

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS CON CAPITAL PUBLICO Y PRIVADO-No son sociedades de economía mixta/EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Legislator puede establecer distintos regímenes

La Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean "sociedades de economía mixta". A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad. Ahora bien, dentro de esa categoría especial diseñada por el legislador y llamada "empresa de servicios públicos", resulta obvio que la ley puede establecer diferencias de regulación que atiendan a distintos factores o criterios de distinción, uno de los cuales puede ser el porcentaje de la participación accionaria pública presente en las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones. Estas diferencias de régimen están constitucionalmente justificadas, en cuanto hacen posibles las condiciones jurídicas que favorecen la asociación de los particulares con el Estado a fin a lograr la adecuada prestación de los servicios públicos. Ciertamente, el legislador puede regular de manera diferente situaciones de hecho también distintas, más cuando este trato jurídico diverso permite cumplir ese objetivo superior de eficiencia en la prestación de los servicios públicos, que la propia Constitución Política en su artículo 365 define que como vinculado a "a la finalidad social del Estado".

CONTROL FISCAL-Sujetos sobre los cuales se ejerce

EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTA-Naturaleza jurídica/EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS PRIVADA-Naturaleza jurídica

Distintos pronunciamientos de la Rama Judicial han llegado a interpretaciones contrarias en lo relativo a si las empresas de servicios públicos mixtas (con participación mayoritaria de capital público o participación igualitaria de capital público y privado) y las empresas de servicios públicos privadas (con participación minoritaria de capital público) son o no sociedades de economía mixta. Al parecer de la Corte, la interpretación según la cual las empresas de servicios públicos son sociedades de economía mixta resulta contraria a la Constitución. Ciertamente, según se dijo arriba, del artículo 365 superior se desprende que el régimen y la naturaleza jurídica de los prestadores de servicios públicos es especial; además, del numeral 7° del artículo 150 de la Carta, se extrae que el legislador está constitucionalmente autorizado para crear o autorizar la creación de “otras entidades del orden nacional”, distintas de los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales de Estado y las sociedades de economía mixta. Por todo lo anterior, la Corte encuentra que cuando el numeral 6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 dispone que una empresa de servicios públicos mixta “(e)s aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50”, y cuando el numeral 7 de la misma disposición agrega que una empresa de servicios públicos privada “(e)s 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”, simplemente está definiendo el régimen jurídico de esta tipología especial de entidades, y estableciendo para este propósito diferencias fundadas en la mayor o menor participación accionaria pública.

EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTA-Pertenencia a la rama ejecutiva del poder público

La demanda indica que los artículos 38 y 68, parcialmente demandados dentro de este proceso, excluirían de la conformación de la Rama Ejecutiva a las empresas de servicios públicos mixtas y privadas (Artículo 38) y también las excluirían de la pertenencia a la categoría jurídica denominada “entidades descentralizadas” (Artículo 68). No obstante, la Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público. Nótese cómo en el literal d) el legislador incluye a 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”, categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, que de esta manera, se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional. Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios” contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por

considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público.

EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTA-Carácter de entidad descentralizada/EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS PRIVADA-Carácter de entidad descentralizada

Si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas “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.” (Subraya la Corte). Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad.

SERVIDOR PUBLICO EN SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Régimen jurídico

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Sujeción al régimen de Derecho Privado/EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Sujeción al régimen de Derecho Privado

El Congreso ha establecido como regla general que tanto las sociedades de economía mixta como las empresas de servicios públicos están sujetas a un régimen de derecho privado. La razones de esta decisión legislativa tienen que ver con el tipo de actividades industriales y comerciales que llevan a cabo las sociedades de economía mixta, y con la situación de concurrencia y competencia económica en que se cumplen tales actividades, así como también con el régimen de concurrencia con los particulares en que los servicios públicos son prestados por las empresas de servicios públicos, circunstancias estas que implican 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.

REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Y RESPONSABILIDADES EN SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-No aplicación cuando los aportes del Estado a la sociedad son inferiores al 90% del capital/REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Y RESPONSABILIDADES EN EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS-No aplicación cuando capital social no es totalmente público

El legislador está revestido de facultades para señalar el régimen jurídico y el régimen de responsabilidad de los servidores públicos de las entidades descentralizadas, y al hacerlo bien puede introducir diferencias fundadas en el porcentaje de capital público presente en dichas entidades. El presente caso, el legislador ha señalado que si en las sociedades de economía mixta el Estado no tiene una inversión que supere el noventa por ciento (90%) del capital, es decir si tiene el ochenta y nueve por ciento (89%) o menos de tal capital, o si en las empresas de servicios públicos el capital social no es totalmente público, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas no se

aplicará a tales servidores, como tampoco a sus Gerentes, Directores o Presidentes. Esta exclusión en la aplicación del mencionado régimen, fundada en la mencionada conformación del capital de tales empresas, aunque se funda en un criterio de diferenciación que toma en cuenta un porcentaje muy alto de participación pública para determinar la aplicación del mencionado régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades, a juicio de la Corte encuentra una justificación constitucionalmente válida y resulta proporcionado. En efecto, si se tiene en cuenta que para la definición del marco constitucional de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, el Constituyente le confió al legislador el deber de establecer las condiciones que permitan asegurar la efectividad del “principio de concurrencia” en la prestación de dichos servicios, de suerte que en este cometido no sólo participe el Estado, directa o indirectamente, sino también las comunidades organizadas, o los particulares.

Referencia: expedientes D-6675 y D-6688 acumulados

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) del Decreto Ley 128 de 1976, los artículos 38 numeral 2° literal d) (parcial), 68 (parcial) y 102 (parcial) de la Ley 489 de 1998, y el artículo 14 numerales 6 y 7 de la Ley 142 de 1994.

Actores: David Suárez Tamayo (Expediente D-6675) y Paula Arboleda Jiménez y otros (Expediente D-6688)

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D. C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil siete (2007)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Rodrigo Escobar Gil -quien la preside-, Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto, Catalina Botero Merino y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes,

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos David Suárez Tamayo (Expediente D-6675) y Paula Arboleda Jiménez y otros (Expediente D-6688) demandaron el artículo 1° (parcial) del Decreto Ley 128 de 1976, los artículos 38 numeral 2° literal d), 68 (parcial) y 102 (parcial) de la Ley 489 de 1998, y el artículo 14 numerales 6 y 7 de la Ley 142 de 1994.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcriben las disposiciones impugnadas, y dentro de ellas se subrayan y resaltan los apartes parcialmente demandados:

“Decreto-ley 128 de 1976

(26 Enero)

“Diario Oficial No. 34.491, del 17 de Febrero 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 mas de su capital social, y a los Gerentes, Directores o Presidentes de dichos organismos.

“Las expresiones “ miembros de Juntas o Consejos”, “Gerentes o Directores” y “sector administrativo” que se utilizan en el presente Decreto se refieren a las personas y funcionarios citados en el inciso anterior y al conjunto de organismos que integran cada uno de los Ministerios y Departamentos Administrativos con las entidades que les están adscritas o vinculadas.”

“LEY 489 DE 1998

(diciembre 29)

“Diario Oficial. Año CXXXIV. N° 43464. 30, diciembre, 1998.

“por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

“El Congreso de Colombia

“DECRETA:

“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;
- 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.

“Parágrafo 1°. 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.

“Parágrafo 2°. Además de lo previsto en el literal c) del numeral 1° 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.”

...

“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.

“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.

“Parágrafo 2°. Los organismos o entidades del Sector Descentralizado que tengan como objetivo desarrollar actividades científicas y tecnológicas, se sujetarán a la Legislación de Ciencia y Tecnología y su organización será determinada por el Gobierno Nacional.

“Parágrafo 3°. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente, creadas por la Ley 99 de 1993.”

...

“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

(julio 11)

Diario Oficial. Año CXXXI. N. 41925. 11, julio, 1995.

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

“El Congreso de Colombia,

DECRETA:

“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.”

III. LAS DEMANDAS

1. Expediente D-6675.

Esta primera demanda acumulada recae sobre el artículo 1° (parcial) del Decreto Ley 128 de 1976, y el artículo 102 (parcial) de la Ley 489 de 1998.

A juicio de quien obra como demandante dentro del expediente D-6675, las expresiones acusadas del artículo 1° del Decreto Ley 128 de 1976 y del artículo 102 de la Ley 489 de 1998 desconocen los cánones 13, 113, 123, 150 numeral 7, 209 y 210 de la Constitución Política. Para exponer las razones de la violación de estas normas superiores, aduce los siguientes cargos:

Primer Cargo:

Los apartes acusados de los artículos 1° del Decreto Ley 128 de 1976 y 102 de la Ley 489 de 1998 no se ajustan a la Constitución, que consagra los principios de transparencia, moralidad, imparcialidad y buen gobierno para regular la actividad administrativa. Dichos

principios se aplican tanto a los servidores públicos como a los particulares que administran recursos públicos, sin importar cuál sea el porcentaje de dineros oficiales en el total de los recursos administrados. Por lo tanto, resulta inconstitucional que las normas acusadas excluyan del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones a los miembros de juntas y consejos directivos de sociedades de economía mixta con un capital público inferior al 90%.

Para el actor, las normas demandadas violan los artículos 131 y 1132 de la Constitución Política, por cuanto al excluir de su aplicación a las sociedades de economía cuyo capital público sea menor del 90% , las trata como otro tipo de entidad, por fuera de la rama ejecutiva; así, genera un privilegio para los miembros de sus juntas directivas, presidentes, gerentes y directores, a quienes se les viene a aplicar un régimen más flexible. Para el actor, este tratamiento desigual es discriminatorio, porque el porcentaje de participación de capital estatal no es una justificación razonable para el mismo. A su juicio, son más las similitudes que las diferencias que se presentan entre las sociedades de economía mixta con más y con menos del 90% de capital público, por cuanto todas son sociedades, tienen participación estatal, son entidades descentralizadas, tienen personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, y requieren para su creación autorización del Congreso, asamblea departamental o concejo municipal, según sea el caso.

Segundo cargo:

Indica la demanda que las normas acusadas violan el artículo 123 de la Constitución Política³, según el cual son servidores públicos los empleados y trabajadores del Estado y sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para el actor, las sociedades de economía mixta son típicas entidades descentralizadas por servicios, por lo cual, sin importar el monto del capital estatal presente en ellas, sus trabajadores son servidores públicos y como tales deben estar sometidos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones correspondiente; y con mayor razón los miembros de la junta o consejo directivo, que si bien son particulares, cumplen al menos transitoriamente funciones públicas y por tanto deben someterse a las mismas normas de los servidores públicos.

Abundando en explicaciones, pone de presente que el artículo 113 de la Ley 489 de 1998 extiende a los representantes legales y miembros de juntas directivas de entidades privadas que cumplan funciones administrativas la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos⁴; por lo tanto, con mayor razón deben quedar cobijados bajo dicho régimen quienes ocupen los mismos cargos en sociedades de economía mixta, sin importar el porcentaje de participación estatal en la conformación del capital social. Recuerda aquí la demanda que los directivos excluidos por las normas acusadas de la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades ejercen funciones publicas; por ejemplo, dice, cuando a través de un acto administrativo declaran la caducidad de un contrato, resuelven recursos de reposición, delegan una función, o cuando imponen un sanción.

Finalmente aduce que el artículo 123 superior establece que quienes trabajan en una entidad descentralizada son servidores públicos, y si las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas, entonces su representante legal ejerce funciones públicas.

Tercer Cargo.

A juicio del demandante, las entidades descentralizadas, entre ellas las sociedades de economía mixta, pertenecen a la estructura de la administración, pues así se desprende de los artículos 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 de la Constitución Política.⁵ Sin embargo, las normas demandadas excluyen de la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a las empresas de servicios públicos domiciliarios (ESP) mixtas, pues el artículo 102 de la Ley 489 de 1998, que remite al Decreto-ley 128, sólo menciona a las empresas de servicios públicos oficiales; con lo anterior desconoce el artículo 13 superior, relativo al principio de igualdad, así como el 209 ibídem, referente a los principios de moralidad e imparcialidad administrativas. Pues tanto las ESP públicas como las mixtas son igualmente empresas de servicios públicos y entidades descentralizadas, ambas pertenecen a la estructura de la administración y en ambas hay recursos públicos; por tanto, deben someterse al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Agrega que mismo vicio de inconstitucionalidad afecta a la expresión “sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social”, por cuanto mientras existan recursos públicos (al menos del 50% o más) deberían aplicarse las mismas limitaciones y prohibiciones.

Cuarto cargo

Dice aquí la demanda que en virtud de la exclusión del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que hacen las normas demandadas respecto de las sociedades de economía mixta con capital oficial menor al 90% y de las empresas de servicios públicos mixtas, se desvincula a éstas del cumplimiento de los principios que rigen la actividad administrativa, entre los cuales están los de legalidad, debido proceso, publicidad, transparencia, imparcialidad, moralidad y régimen de prohibiciones e impedimentos. Con ello se desconoce el artículo 210 superior, conforme al cual “Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.”

De manera especial, considera muy grave que las tres sociedades de economía mixta más importantes del país, a saber ISA, ECOPETROL Y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, queden o puedan llegar a quedar por fuera del régimen de incompatibilidades, inhabilidades y prohibiciones, por el hecho de que su capital social esté o llegue a estar conformado con menos de un 90% de recursos públicos.

Quinto Cargo

Al parecer del actor, el trato desigual que las normas demandadas otorgan a quienes ocupan altos cargos en las sociedades de economía mixta con menos de un 90% de capital público y en las empresas de servicios públicos mixtas desconoce y vulnera la ratio decidendi de varios pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, según los cuales las sociedades de economía mixta conservan esta naturaleza sin importar el monto del porcentaje de capital oficial. De manera particular hace referencia a las sentencias C-953 de 1999 y C-529 de 2006, así como al Auto 113 de 2006, providencias todas emanadas de la

Sala Plena de esta Corporación, así como a la Sentencia de 2 de marzo de 2006, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del expediente 29.7036. Pronunciamientos dentro de los cuales se habría sostenido que la composición accionaria y la ejecución de actividades comerciales en pie de igualdad con las sociedades privadas no es motivo para excluir a las sociedades de economía mixta de la estructura del Estado. Adicionalmente, dice el actor que en la Sentencia C-283 de 2002 la Corte Constitucional dio tratamiento de servidor público a las personas que trabajan en sociedades de economía mixta, por lo cual, a su juicio, no sería posible excluirlas del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que cubre a los servidores públicos.

Finalmente, dijo que así el legislador someta a las empresas de economía mixta al derecho privado, no pierden por ello su naturaleza de entidad pública, estatal y descentralizada, tal como lo considera la Ley 489 de 1998. De esta manera, no es razonable que para el control fiscal, el control disciplinario y el control penal no existan límites por el porcentaje de capital, pero para el régimen de incompatibilidades, prohibiciones y conflictos de interés si haya tal tipo de límite.

2. Expediente D-6688

Esta demanda recae los artículos 38 numeral 2° literal d) (parcial), 68 (parcial) y 102 (parcial) de la Ley 489 de 1998 y del artículo 14 numerales 6 y 7 de la Ley 142 de 1994. A juicio de los actores, dichas normas vulneran los artículos 13, 113, 123, 150 numeral 7, 209 y 210 de la Constitución Política, los mismos que se estiman desconocidos por las normas acusadas en la demanda radicada bajo el número D-6675.

Para exponer las razones de la violación, en esta segunda demanda acumulada se expone lo siguiente:

Dicen los actores que las normas acusadas “han sido objeto de múltiples, contradictorias y opuestas interpretaciones por parte de los órganos jurisdiccionales” particularmente por diferentes secciones del Consejo de Estado y por la Corte Constitucional, “hecho que ha generado gran inseguridad jurídica y una enorme disparidad en la jurisprudencia”. Lo anterior, dicen, vulnera los principios constitucionales de igualdad y confianza legítima, así como las normas superiores relativas a la estructura de la Administración pública. Incluso, dicen, existe disparidad jurisprudencial en cuanto a qué tipo de sociedades deben considerarse como mixtas.

Para demostrar las anteriores aseveraciones, la demanda cita los pronunciamientos recogidos en las siguientes sentencias:

a) Sentencia C-953 de 1999, en donde la Corte determinó que una sociedad de economía mixta es toda aquella en cuyo capital exista alguna participación de capital público.

b) Sentencia T-1212 de 2004, en la que, dice la demanda, “desafortunadamente la Corte confundió el régimen jurídico aplicable con la naturaleza y denominación de las empresas”.

c) Sentencia de 2 de marzo de 2006, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del expediente 29.703, en la cual, a juicio de los actores, dicha Corporación dejó en

claro que: (i) las ESP son mixtas cuando en ellas exista participación pública sin importar el porcentaje de dicha participación; (ii) las ESP mixtas son entidades estatales, descentralizadas, pertenecientes a la estructura de la administración; (iii) las ESP mixtas son sociedades de economía mixta. Adicionalmente, dice la demanda que en este pronunciamiento el Consejo de Estado inaplicó por inconstitucionales los numerales 6° y 7° del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, cuya inexecutable se pide ahora declarar de manera general a través de la presente acción pública de inconstitucionalidad.

d) Sentencia de 17 de noviembre de 2005, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del expediente 3.713, en la que, dice la demanda, contrariamente a lo decidido por la Sección Tercera en el pronunciamiento antes comentado, se consideró que las ESP domiciliarias mixtas, en las cuales el Estado posea más del 50% del capital, son para todos los efectos, entidades estatales, descentralizadas y están vinculadas a la Administración pública.

e) Sentencia C-529 de 2006, proferida por la Corte Constitucional, en donde, dice la demanda, “la Corte reiteró y avaló la pertenencia de las sociedades de economía mixta al sector descentralizado de la administración pública, en virtud de la participación accionaria del Estado, independientemente de su monto y el régimen legal a que se sujete”.

f) Auto 113 de 2006, proferido por la Sala plena de la Corte Constitucional, en el cual se afirma que una empresa de servicios públicos es mixta y que, por lo tanto, tiene el carácter de ente descentralizado por servicios del orden nacional.

Expuesta la ratio decidendi de cada una de las anteriores providencias, la demanda explica así los cargos de inconstitucionalidad que presenta en contra de las normas acusadas:

- Resulta inconstitucional la interpretación según la cual el literal d) del numeral 2° del artículo 38 (en lo acusado) y el artículo 68 (en lo acusado) de la Ley 489 de 1998 disponen que las ESP mixtas no pertenecen al sector descentralizado.⁷ Lo anterior por cuanto es evidente que el numeral séptimo del artículo 150 superior, el numeral séptimo del artículo 300 ibidem y el numeral sexto del artículo 313 de la Carta indican claramente que las sociedades de economía mixta pertenecen a la estructura de la administración.

- Es inconstitucional el numeral séptimo del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, al darle tratamiento y denominación de empresa privada a aquellas sociedades donde pueda existir capital público inferior al 50%. Lo anterior por cuanto, al tenor de lo sentado en la Sentencia C-953 de 1999, sólo puede ser empresa privada aquella en donde el 100% del capital pertenezca a los particulares. Si existe participación pública, aunque sea mínima, la empresa es mixta.

- Es inconstitucional el artículo 102 de la Ley 489 de 1998 al excluir del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a las ESP mixtas (sólo menciona a las ESP oficiales), pues con ello dispensa un trato discriminatorio, dado que tanto las unas como las otras son empresas de servicios públicos, ambas son descentralizadas, ambas pertenecen a la estructura de la administración, y en ambas hay recursos públicos. Por lo tanto, ambas deben someterse al mismo régimen de limitaciones u restricciones en cuanto a inhabilidades e incompatibilidades.

En todos los casos anteriores, dice la demanda, “se estaría vulnerando la igualdad del artículo 13, la igualdad, moralidad, imparcialidad, publicidad del artículo 209, y el mandato que da el artículo 210 en el sentido que “Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios solo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.”(sic)

Agrega la demanda que se ajusta a la Constitución que el legislador someta a las ESP mixtas a un régimen de derecho privado, “salvo en temas o asuntos que por constitución sean incompatibles”. Así, dado que el artículo 123 superior indica que las personas que laboran en las entidades descentralizadas son servidores públicos, resulta inconstitucional que la ley les dé a las personas que laboran en las ESP mixtas el carácter de trabajadores particulares. De donde se deduciría que dichos servidores, por tener el carácter de públicos, deben quedar cobijados por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos.

Por lo mismo, prosigue la demanda, es posible que la ley someta a una entidad cuyo capital sea en parte público a un régimen de derecho privado. Pero eso no hace que pierda su naturaleza mixta, y por ende descentralizada.

Finalmente, la demanda expresa que hace suyos los criterios vertidos por la Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia de 2 de marzo de 2006, proferida dentro del Expediente 29.703, así como aquellos sentados en la Sentencia C-529 de 2006 y en el Auto 113 del mismo año, proferidos por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

Por último la demanda señala la importancia de definir si las empresas de servicios públicos mixtas son aquellas en que exista alguna participación del Estado, o si sólo lo son aquellas en que el Estado tenga el 50% o más del capital social, asunto sobre el cual, como se deduce del análisis de las sentencias comentadas en la demanda, no existe una postura jurisprudencial uniforme.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención de la Universidad del Rosario

Dentro de la oportunidad legal prevista, el señor decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, doctor Alejandro Venegas Franco, intervino en el presente asunto para justificar la inconstitucionalidad de las expresiones acusadas de los artículos 1° del Decreto 128 de 1976 y 102 de la Ley 489 de 1998, así como la totalidad de los numerales 6° y 7° del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, por las siguientes razones:

Señala el interviniente que en los artículos demandados, el legislador ordinario y el extraordinario regularon el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones de las entidades que conforman la estructura de la administración pública, cuando en ellas hay participación de capital privado. Recuerda entonces la intervención que, en la Sentencia C-671 de 1999, esta Corporación señaló sobre el régimen de las asociaciones entre entidades públicas, que el mismo sólo podía considerarse ajustado a la preceptiva superior cuando la asociación surgida se sujetara al mismo régimen de las entidades participantes; por lo tanto, aplicando este criterio al régimen que debe regir una sociedad de economía mixta, se tiene que debe ser el dispuesto en el acto de creación de la entidad, teniendo en cuenta el

régimen propio de la función administrativa o del servicio público a su cargo, régimen que “no es, exclusivamente, el del derecho privado”. En tal virtud, concluye que la Corte debe declarar la inconstitucionalidad de las expresiones “en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento o más de su capital social”, contenida en el artículo 1° del Decreto 128 de 1976, y “en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento o más de su capital social” y “oficiales”, contenidas en el artículo 102 de la Ley 489 de 1998.

Respecto del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, el interviniente señala que la exigencia según la cual la participación estatal en el capital de una sociedad debe superar el 50% para ser considerada mixta es contraria a la jurisprudencia constitucional. En tal virtud solicita que se declare inconstitucional la totalidad de los incisos en los cuales se establece dicha distinción.

En relación con los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, el señor decano de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario defendió su constitucionalidad, por cuanto a su parecer las empresas mixtas de prestación de servicios públicos domiciliarios sólo pueden existir como sociedades; por lo tanto, “las empresas de carácter mixto quedan comprendidas dentro de las categoría de las sociedades de economía mixta”; y aun considerando que no fuera así, serían entidades administrativas nacionales con personería jurídica creada, organizada o autorizada por la ley para formar parte de la rama ejecutiva.

2. Intervención Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Dentro de la oportunidad legal prevista, el ciudadano Norberto Quintero Arguellón intervino dentro del proceso en representación de la Superintendencia de la referencia, para justificar la constitucionalidad de las normas acusadas. A su juicio, esas disposición debe ser declaradas exequibles por las siguientes razones:

En primer lugar, indicó que las empresas de servicios públicos domiciliarios tienen un régimen jurídico especial, tal como se desprende de lo reglado por el artículo 365 de la Constitución Política. Recordó entonces que según el numeral 6° del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, la empresa de servicios públicos mixta es aquella cuyo capital estatal es superior al 50%; además, el artículo 19 de la misma ley establece un régimen especial para estas empresas, y remite para todo aquello que no haya quedado previsto en el régimen especial, a lo establecido para las sociedades anónimas en el Código de Comercio. De lo anterior concluye que “tratándose de las empresas de servicios públicos mixtas, su régimen jurídico es el previsto en el artículo 19 de la Ley 142 de 1994, es decir el régimen privado.” (C-066 de 1997)

Prosigue la intervención recordando que según el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, el régimen de los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios es de derecho privado, régimen que se aplica sin importar el porcentaje de los aportes estatales, naturaleza del acto o el derecho que se ejerza. Por su parte, los artículos 38 y 84 de la ley 489 de 1998 claramente indican que sólo forman parte de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional del sector descentralizado por servicios las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios; por lo tanto, las demás tipologías de empresas de servicios públicos son personas jurídicas de derecho privado. Apoya esta afirmación en la cita de la sentencia T-1212 de 2004, emanada de esta Corporación y del pronunciamiento de la

Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 31 de enero de 2007, relativo al tema.

Prosigue la intervención diciendo que para el funcionamiento de las empresas de servicios públicos y de las autoridades competentes en la materia, los artículos 37 y 44 de la Ley 142 de 1994 establecen un especial y exigente régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, y finalmente señala que cuando el aporte estatal en una sociedad de economía mixta es superior al 90% del capital social de la empresa, esta se somete al régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado. Agrega que sobre este asunto la Corte se pronunció en la Sentencia C-629 de 2003.

Tras hacer este recuento normativo y jurisprudencial, la intervención expresa que “la inclusión de las sociedades de economía mixta en la rama ejecutiva deriva de la libre configuración legislativa que sobre la materia tiene el Congreso, según lo establecido en los artículos 150 numeral 7° y 210 de la Constitución.

Finalmente concluye que dado que la Constitución difiere a la ley la regulación de responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva, es constitucionalmente válido que para el caso de los servidores públicos que ejercen cargos de dirección en las empresas de servicios públicos domiciliarias, diferentes a las de carácter oficial, se apliquen preferentemente las normas especiales sobre inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés previstas en la Ley 142 de 1994, según se establece en el artículo 186 de dicha ley; y por último señala que con lo anterior no se afectan los principios de igualdad y de moralidad y transparencia administrativa, ya que la aplicación de regímenes distintos encuentra su justificación en la necesidad que tiene el legislador, especialmente en materia de servicios públicos, de asegurar la participación del Estado y del sector privado en el cumplimiento de los cometidos estatales, sin que ello signifique la ausencia de control sobre su gestión o sobre la conducta de sus servidores, incluidos los directivos de las de las empresas antes referidas.

3. Intervención Departamento Administrativo de la Función Pública

Oportunamente intervino dentro del proceso la ciudadana Piedad Lucía Villaraga Rengifo, quien en representación del Departamento Administrativo de la Función Pública defendió la constitucionalidad de las normas acusadas. En sustento de esta posición adujo los mismos argumentos y citó las mismas sentencias y el mismo doctrinante a que hizo alusión la intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por lo cual se hace innecesario hacer nueva referencia a ellos.

Sin embargo, añadió que era importante recordar que la misma Ley 142 de 1994 en su artículo 41 establece que las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas al Código Sustantivo del Trabajo y a esa misma Ley. Con fundamento en esa norma, dice, “no es inconstitucional el régimen de incompatibilidades e inhabilidades del artículo 102 de la ley 489 de 1998 y el decreto 128 de 1976, en cuanto excluye a las empresas públicas mixtas, puesto que existe un régimen especial para estas, siendo aplicable el Código Sustantivo del Trabajo ya que sus trabajadores son particulares.”

De otro lado, tras citar apartes de las sentencias C-299 de 1994 y C-653 de 1998, concluye que la Carta incluye dentro de la categoría de servidores públicos a los particulares que desarrollan funciones públicas, pero que no por ello se les debe encajar dentro de las categorías de miembro de corporación pública, particularmente cuando se trata de personal vinculado a las entidades descentralizadas. De cualquier manera destaca que quienes trabajan para las empresas de servicios públicos domiciliarios no pueden ser catalogados como servidores públicos, por cuanto no ejercen propiamente funciones públicas, concepto este que es distinto al de servicio público.

4. Intervención del ciudadano Antonio Barrera Carbonell.

En forma oportuna intervino el doctor Antonio Barrera Carbonell, quien defendió la constitucionalidad de las disposiciones demandadas. Para esos efectos expuso los siguientes argumentos:

En una serie de consideraciones previas, el ciudadano interviniente se refiere a la diferencia entre las nociones de función pública y de función administrativa como especie de aquella, y a los diversos criterios a los que ha acudido la doctrina para distinguir las funciones del Estado. A partir de allí sostiene que es posible delimitar desde varios puntos de vista la noción constitucional de la función administrativa.

Prosigue la intervención refiriéndose a los esquemas de centralización o de descentralización bajo los cuales se desarrollan las funciones estatales. De manera particular recuerda que, en nuestro régimen constitucional, la ley determina qué organismos conforman la administración nacional centralizada, y crea las entidades descentralizadas del orden nacional.

En un nuevo acápite, la demanda se refiere al régimen de los servicios públicos en la Constitución Política, señalando, entre otras cosas, que la prestación de dichos servicios es una actividad esencialmente diferente al ejercicio de funciones públicas, cuyo régimen debe ser establecido por el legislador, para lo cual está revestido de una amplia libertad de configuración política. En tal virtud, “no está compelido a utilizar los tradicionales sistemas de administración centralizada o descentralizada, como bien podría ser el actualmente existente de las empresas públicas y privadas, e incluso determinando que excepcionalmente sólo las públicas hagan parte de la estructura de la rama ejecutiva, pues ello sí está permitido por los artículos 115 y 150-7, interpretados armónicamente.

Pasa luego la intervención a explicar por qué las empresas mixtas de servicios públicos no constituyen una modalidad de sociedad de economía mixta. Al respecto destaca que la Constitución omite incluir a las sociedades de economía mixta dentro de la estructura del Estado, pues las excluye de la integración de la Rama Ejecutiva. (C.P. artículos 115, incisos 2 y 4, 300-7 y 313-6). Sin embargo, bien puede el legislador, con fundamento en lo prescrito por el artículo 150-7, incluir dentro de dicha rama “otras entidades del orden nacional”. Otro tanto pueden hacer asambleas y concejos con otras entidades del orden territorial. Ahora bien, la razón de la exclusión constitucional mencionada radica, dice la intervención, en que (i) las sociedades de economía mixta son un medio o instrumento de intervención del Estado en la actividad económica, ordinariamente reservada a los particulares, donde se requiere que compitan en el mercado en igualdad de condiciones con los particulares y que utilicen

los mecanismos propios del derecho privado; y (ii) de otro lado, “el estado no siempre actúa solo en desarrollo de la actividad económica, sino que a veces se asocia con particulares, que contribuyen con sus recursos económicos a la conformación del capital social.”

Más adelante el ciudadano Barrera Carbonell pasa a explicar por qué las ESP mixtas poseen rasgos dominantes que las hacen diferentes de las sociedades de economía mixta. Al respecto indica que estas entidades “nacen al mundo jurídico en desarrollo de un marco normativo constitucional que diseña el sistema jurídico primario que debe tener en cuenta el legislador para establecer el régimen jurídico especial propio de la prestación de servicios públicos.” Recuerda que la propia Carta señala que “la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios... y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestan el servicio”; agrega que el constituyente señaló que la prestación de los servicios públicos debía hacerse primordialmente a través de empresas, no a través de sociedades de economía mixta, y que en tal virtud el legislador puede autorizar la creación de empresas oficiales, mixtas o privadas de servicios públicos. Y explicando esta diferencia, señala que “aun cuando el objeto social de las ESP mixtas se inscribe en desarrollo de una actividad económica, éstas tienen como objeto específico y concreto la prestación de servicios públicos, el cual claramente es diferente de la actividad económica a cargo de las sociedades de economía mixta que, se reitera, constituye una forma de actuación del Estado en la economía general.”

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el ciudadano Barrera Carbonell concluye que (i) las ESP mixtas no hacen parte de la Rama Ejecutiva del poder en ninguno de sus niveles, porque la Constitución no lo prevé y porque sus actividades no consisten en la realización de funciones de gobierno o administrativas; (ii) tampoco son entidades descentralizadas, porque “la descentralización se estructura bajo la idea de existencia de un eje de poder central, del cual se han desplazado funciones a otros organismos con personería jurídica ... situación que no se da dentro del régimen constitucional básico de las empresas de servicios públicos...”; y finalmente, (iii) las características de las ESP mixtas se aplican igualmente a las ESP privadas, porque presentan los mismos rasgos, que, además, se ven reforzados cuando la participación privada es mayoritaria.

Expuesto todo lo anterior, la intervención concluye que los cargos de la demanda no están llamados a prosperar.

5. Intervención de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y Actividades Complementarias e Inherentes -ANDESCO -.

En forma oportuna intervino dentro del proceso el ciudadano Carlos Alberto Atehortúa Ríos, el representante de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y Actividades Complementarias e Inherentes -ANDESCO -, quien defendió la constitucionalidad de las normas demandadas, mediante la exposición de los siguientes argumentos:

Expone el interviniente que para resolver los problemas jurídicos que plantea la demanda es necesario tener en cuenta tres asuntos, a saber: (i) que conforme a la Constitución los servicios públicos se someten a un régimen jurídico especial que no es el ordinario de la Administración y de las funciones públicas; (ii) que el Constituyente no incluyó a las

sociedades de economía mixta dentro de la Rama Ejecutiva del poder público, sino que ha sido el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, quien las ha incluido, no obstante lo cual igualmente puede excluirlas si a bien lo tiene; y (iii) que es constitucionalmente posible someter a diversos regímenes jurídicos a todas las sociedades y entidades mixtas.

Afirmado lo anterior, sostiene que “la inclusión de una entidad como parte o no de la administración corresponde a la intención del legislador de reconocerle o no competencias para desarrollar funciones “administrativas” o “públicas” y esto estará íntimamente asociado al tipo de servicio o de actividad de que se trate; si se trata de servicios públicos con un alto contenido administrativo y el desarrollo de potestades públicas la tendencia debe ser la de incorporar el organismo como aparte de la administración; si por el contrario la empresa se dedica a actividades industriales y comerciales en competencia con los particulares y sólo excepcionalmente ejerce funciones públicas lo lógicamente adecuado es que no haga parte de la administración”.

Dicho lo anterior expresa que la integración o no de una sociedad a la administración no es un asunto formal sino sustancial, dado que de eso depende la posibilidad de definir o no políticas públicas estatales; la descentralización tampoco es un asunto formal, pues implica la pertenencia o no a la administración y la posibilidad de ejercer a través de ellas funciones públicas. Desde esa perspectiva, el interviniente encuentra que no es claro que las sociedades de economía mixta deban considerarse entidades estatales, cuando se dedican exclusivamente a actividades industriales y comerciales, no ejercen funciones administrativas y se someten en todo al derecho privado.

En cuanto hace al sector de los servicios públicos, la intervención afirma que no puede perderse de vista que la Constitución distingue entre función pública y servicio público. Agrega que según la naturaleza de las cosas, estatal es lo que pertenece al Estado, privado lo que pertenece a los particulares y mixto lo que corresponde a ambos; pero aclara que cuando la Ley 142 clasifica las empresas de servicios públicos en oficiales, mixtas y privadas, no pretende afectar tal naturaleza de las cosas, sino “determinar el régimen jurídico aplicable”, como acertadamente lo deduce esta Corporación en la Sentencia T-1212 de 2004; y “como las ESP en las que la participación estatal es minoritaria se rigen en un todo por el derecho privado, en la Ley no se hace otra cosa que reconocer desde la definición de este tipo de empresa, su régimen jurídico aplicable.” Recuerda entonces que en este asunto el legislador goza de un amplio margen de configuración legislativa.

No obstante, recuerda que el derecho de los servicios públicos domiciliarios tiene un carácter mixto, “en el cual los actos de gestión que realizan las empresas para producir los bienes objeto del servicio se someten sustancialmente a las reglas propias del derecho que rige las relaciones entre particulares; pero los temas referidos a las relaciones empresa usuario y a la ejecución de políticas asociadas a la universalización de los servicios se someten al ámbito del derecho administrativo.”

Ahora bien, al parecer del interviniente, en lo relativo a los servicios públicos domiciliarios el legislador decidió crear una categoría jurídica nueva: el concepto de Empresa de Servicios Públicos (ESP), dentro del cual se encuentran las ESP mixtas, que no son sociedades de

economía mixta, como fue definido por esta Corporación en la Sentencia C- 558 de 2001 y por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en la reciente Sentencia de 31 de enero de 2007 (radicado 1.799). Esta nueva categoría jurídica (ESP) toma pie en los artículos 365, 367 y 150 numerales 7 y 23 de la Constitución Política. Por lo anterior, resulta contrario a la realidad jurídica pretender hacer aplicable a las empresas de servicios públicos mixtas el régimen propio de las sociedades de economía mixta.

Recuerda entonces la intervención, que la Constitución Política no incluye a las sociedades de economía mixta dentro de la Rama Ejecutiva del poder público, pero permite al legislador determinar la estructura de la administración; y que, en desarrollo de esa facultad, la ley ha integrado a las sociedades de economía mixta a la rama ejecutiva en calidad de entidades descentralizadas (ley 489 de 1998, artículos 38 y 68) ; pero en ejercicio de esa misma libertad de configuración, el legislador ha dejado por fuera del régimen de la descentralización a las ESP mixtas y privadas; agrega entonces que existen razones fácticas para que el legislador distinga entre sociedades de economía mixta y ESP mixtas y les dé un tratamiento jurídico diferente, y que esta situación fáctica radica en que los servicios públicos han sido concebidos por el constituyente como una actividad libre pero intervenida, sometida a la competencia, en donde la inversión de los particulares es muy significativa, como fue reconocido por la Corte, dice, en la Sentencia C-066 de 1997.

Pasa entonces la intervención a recordar que los servicios públicos domiciliarios constituyen una modalidad especial de servicios públicos, que su carácter es industrial y comercial, y que la prestación de tales servicios no equivale al ejercicio de una función pública, como fue establecido, dice, en la sentencia C-037 de 2003. Cosa distinta, afirma, es que dichas empresas eventualmente ejerzan esta categoría de funciones. En todo caso, sostiene que la Constitución ha sometido a los servicios públicos domiciliarios a un escenario de libre competencia, lo que implica un régimen jurídico especial, de naturaleza mixta.

Con base en las anteriores consideraciones generales, enseguida la intervención se detiene en analizar pormenorizada y profusamente los cargos expuestos en las dos demandas acumuladas, exponiendo minuciosamente las razones por las cuales todos ellos deben ser rechazados.

6. Intervención de la ciudadana Andrea Molina Bedoya.

Estando dentro de la oportunidad procesal prevista para ello, intervino dentro del proceso la ciudadana Andrea Molina Bedoya, quien coadyuvó la demanda de inconstitucionalidad en los siguientes términos:

Como primer argumento, recuerda la interviniente que mediante Auto 113 de 2006, emanado de la Sala plena de esta Corporación, se estableció que las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios son entidades públicas y descentralizadas por servicios del orden territorial.

En segundo lugar, arguyó que si bien el legislador goza del principio de libre configuración al momento de consagrar el régimen jurídico aplicable a las entidades del Estado, tal libertad no es absoluta, en la medida en que no puede desconocer las normas superiores que someten al derecho público a ciertas entidades, dada la concurrencia de recursos públicos en

la formación de su capital. Afirma que lo anterior fue sostenido por esta Corporación en las sentencias C-629 de 2003, C-620 de 2005 y C-520 de 2006.

Como tercer argumento para coadyuvar las demandas acumuladas, explicó que dado que el artículo 365 de la Carta no se refiere expresamente a la posibilidad de prestación de servicios públicos por empresas mixtas, ya que sólo menciona que tales servicios pueden ser prestados por el Estado directa o indirectamente, los particulares y las comunidades organizadas, no es posible entender que una empresa de servicios públicos con capital mixto sea tenida como un ente particular. En tal virtud, deben ser tenidas como empresas mixtas pertenecientes a la estructura de la Administración.

En cuarto lugar, sostiene que en lo relativo al tema de “la naturaleza de las personas que trabajan en una empresa de Servicios Públicos Mixta”, la Corte debe extender su análisis de constitucionalidad, mediante la figura de la unidad normativa, al artículo 41 de la Ley 142 de 1994, según el cual las personas que presten servicio en empresas de servicios públicos privadas o mixtas son trabajadores particulares. A juicio de la interviniente, esta norma también debe ser declarada inexecutable, pues si una ESP mixta pertenece a la Rama Ejecutiva, entonces sus trabajadores son servidores públicos en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 de la Carta.

Como quinto argumento destaca que la Ley 143 de 1994 es clara en considerar que las ESP del sector energético son tanto entidades descentralizadas como sociedades de economía mixta, pertenecientes a la Rama Ejecutiva. En tal virtud, las normas demandadas de la Ley 142 de 1994 deben ser interpretadas en armonía con las de la Ley 143, para concluir que las ESP mixtas sí son sociedades de economía mixta y pertenecen a la estructura de la administración.

Arguye también la intervención que la h. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, ha considerado que las electrificadotas públicas son entidades públicas, para efectos de la configuración del delito de peculado.

Finalmente, opina que para dar adecuada efectividad al principio de transparencia en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones no es posible adoptar un criterio tan laxo como el acogido en los artículos 1° del Decreto 128 de 1976 y 102 de la Ley 489 de 1998. Sostiene que lo proporcionado sería que si el capital estatal es superior al cincuenta por ciento (50%), se aplicara dicho régimen de transparencia.

7. Intervención del ciudadano Julio Cesar Caballero Parra.

Oportunamente intervino dentro del proceso el ciudadano Julio Cesar Caballero Parra, quien solicitó a la Corte declarar la exequibilidad de los numerales 6° y 7° del artículo 14 de la Ley 142 de 1994.

Para este ciudadano, esta declaración de exequibilidad se impone, si se tiene en cuenta que mediante Sentencia C-741 de 2003, esta Corporación declaró la constitucionalidad del artículo 17 de esa misma Ley, que expresamente indica que las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones. Explica entonces que en las sociedades por acciones prima el intuitu pecuniae, donde lo relevante es el aporte de capital, mas no la calidad o

condición de los accionistas. Por ello, “provenga de donde provenga el aporte en las empresas de Servicios Públicos Mixtas o Privadas en esencia cumple una misma finalidad.”

En virtud de lo anterior, el interviniente estima que considerar que porque exista cualquier aporte de capital público, la entidad deba considerarse pública, lleva a tergiversar uno de los rasgos descolantes que caracterizan a la sociedad por acciones. Y agrega que diferentes sentencias emanadas de esta Corporación han sido congruentes con esta conclusión, como por ejemplo la C-066 de 1997 y la C-290 de 2002.

Ahora bien, en cuanto a la doctrina del Consejo de Estado conforme a la cual no importa el régimen jurídico aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios, sino el fuero de atracción del sujeto accionista, donde basta la presencia del ente oficial en la sociedad para considerar a las EPS como entes estatales, afirma que “no guarda conformidad ... con la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos y con el papel que juegan los aportes de capital en dichas empresas”, asuntos ambos que, dice, han sido considerados exequibles por esta Corporación en las sentencias C-066 de 1997, C-290 de 2002 y C-741 de 2003.

Oportunamente intervino dentro del proceso el ciudadano de la referencia, quien sostuvo que si bien la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en ciertas oportunidades han sostenido que las empresas que comportan recursos públicos en la formación de su capital son por ese hecho sociedades de economía mixta que, en tal virtud, hacen parte de la estructura de la Administración, y por lo tanto su juez natural es el Consejo de Estado, de allí no se sigue necesariamente que todas las sociedades de economía mixta deben estar sometidas por igual al mismo régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones.

Al parecer del interviniente, el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución permite entender que las formas societarias resultantes de la asociación del Estado y los particulares no se agotan en la forma jurídica de las sociedades de economía mixta. Esta es la razón, agrega, por la cual la Corte Constitucional no ha objetado las nuevas formas societarias y el régimen jurídico especial introducido para ellas por varias normas de las leyes 100 de 1993 y la 142 de 1994.

Prosigue la intervención expresando una opinión conforme a la cual según un criterio material “cualquier forma societaria o empresarial a que acuda la administración para acometer actividades económicas, con el propósito de cumplir los fines del estado, se puede integrar a la estructura de la administración. Y según un criterio formal, “estas formas societarias y empresariales distintas a las que puede acudir la administración deben estar determinadas por la ley.” A su modo de ver esos criterios son los que inspiran el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, que habla de empresas sociales del estado y empresas oficiales de servicios públicos.

De cualquier manera, aun si se estableciera que todas las formas de asociación del Estado con los particulares se reducen a la categoría de sociedades de economía mixta, las distintas características y fines de cada una de ellas haría constitucionalmente posible que cada una de ellas tuviera un tratamiento jurídico especial, relativo al régimen jurídico de sus actos y contratos, a su administración, y representación, responsabilidad, régimen e inhabilidades e incompatibilidades, régimen laboral, presupuestal, etc.. en síntesis, no es necesario desde la

óptica constitucional que todas las entidades que integran la administración pública tengan el mismo régimen jurídico. Por ello la Corte Constitucional, dice el interviniente, en la Sentencia C-066 de 1997 admitió la constitucionalidad de nuevas formas de organización societaria y empresarial para la prestación de servicios públicos domiciliarios. Tampoco es admisible entender que existe único género, llamado “sociedades de economía mixta”, dentro del cual deban agruparse todas las formas asociativas en las que participa el Estado, pues ni de la Constitución ni de la Ley puede extraerse esa conclusión.

Recuerda entonces la intervención que esta Corporación ha admitido que el mayor o menor porcentaje del Estado en las empresas de economía mixta puede determinar un distinto régimen jurídico, por lo cual carecen de fundamento las acusaciones de la demanda.

Por último argumenta que resulta equivocada la argumentación de la demanda según la cual los representantes de las juntas directivas de las sociedades de economía mixta cumplen funciones públicas, pues la jurisprudencia ha distinguido nítidamente entre las nociones de función pública y servicios público. Ya añade que el hecho de que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no se aplique en las sociedades de economía mixta con capital estatal inferior al 90% no significa que no se aplique ningún régimen de transparencia, porque la legislación comercial contiene normas dirigida al lograr este objetivo en las sociedades regidas pro el derecho privado.

9. Intervención del ciudadano Jairo Enrique Corredor Castilla.

Dentro de la oportunidad procesal prevista, el ciudadano Jairo Enrique Corredor Castilla intervino dentro del proceso para defender la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

Tras hacer una serie de consideraciones generales sobre la naturaleza jurídica y los principios constitucionales relativos a los servicios públicos, destaca que, en desarrollo de los mismos, la Ley 142 de 1994 estableció que las empresas prestadoras de servicios públicos sólo pueden nacer a la vida jurídica bajo la forma de sociedades por acciones o empresas comerciales e industriales del Estado. Señala entonces que esta regulación legal responde a la intención del legislador de organizar la prestación de los servicios públicos en condiciones de competencia y en términos de eficiencia y calidad.

Prosigue la intervención poniendo de relieve que en las sociedades por acciones predomina el *intuitus rei* o *intuitus pecuniae*, por lo cual, una vez constituidas, los atributos o condiciones personales de los socios carecen de importancia, y refiriéndose al alcance normativo de los incisos 5 a 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, sostiene que a pesar de la clasificación contenida en ellos, lo que el legislador quiso fue que todas las empresas de servicios públicos estuvieran reguladas en forma igual, sujetas al mismo régimen de derecho privado, sin tener en cuenta la participación que en su capital puedan tener las entidades públicas, para que la prestación del servicios por los distintos agentes “se cumpliera en un plano de igualdad.” Por ello, agrega, el derecho privado se aplica aun a los contratos que celebren este tipo de sociedades. (Art. 31, Ley 142 de 1994, Art. 32, parágrafo, Ley 80 de 1993).

Todo lo anterior lleva a concluir que las empresas de servicios públicos tienen origen en formas asociativas del derecho privado. Sin embargo, ello no quiere decir que no exista un

control fiscal sobre el patrimonio público; no obstante, dicho control se ejerce únicamente sobre las acciones que representen los aportes de entidades públicas, asunto al cual se refiere el numeral 4 del artículo 127 de la Ley 142 de 1994. Agrega que ello es así, porque los bienes públicos aportados salen del patrimonio de quien los aporta e ingresan a la sociedad, y son reemplazados por las acciones o títulos correspondientes. No obstante, estos aportes públicos, al ingresar al patrimonio de estas sociedades, pierden su carácter de públicos y se convierten en capital privado, tal y como lo declara el numeral 7 del artículo 27 de la Ley 142 de 1994. Este régimen, dice, obedece a dos propósitos: el primero, permitir que la libre competencia entre las empresas de servicios públicos se ejerza en un plano de igualdad con sujeción a un mismo régimen jurídico, y el segundo, evitar el contrasentido de que los bienes que integran el patrimonio de una misma persona (la sociedad) estén sometidos a dos regímenes, el de derecho público y el que corresponde al derecho privado. Todo lo anterior, dice el ciudadano interviniente, conduce a admitir las diferencias existentes entre las empresas de servicios públicos y las sociedades de economía mixta.

Ahora bien, refiriéndose a la naturaleza de las relaciones laborales de los colaboradores de las empresas de servicios públicos, recuerda que conforme al artículo 41 de la Ley 142 de 1994, todas las personas que presten servicios laborales a dichas empresas son trabajadores particulares sometidos al Código Sustantivo del Trabajo. Por lo tanto, sostiene que en esta categoría de empresas no existen servidores públicos, lo cual es de gran importancia para la determinación de los tipos de control que sobre dichos trabajadores se ejerce.

10. Intervención del ciudadano Carlos Gabriel Sánchez Toro.

De forma oportuna intervino dentro del proceso el ciudadano de la referencia, quien coadyuvó la demanda con los siguientes argumentos:

De manera inicial expone cómo a su parecer, del artículo 97 de la Ley 489 de 1998 se desprende en las sociedades de economía mixta hay dos tipos de socios: el Estado y los particulares. Agrega que de conformidad con lo decidido por esta Corporación en la Sentencia C-953 de 1999, cualquier aporte público es suficiente para que una sociedad sea considerada como de economía mixta, sin que importe el régimen jurídico al cual ella se sujeta. Por lo anterior, opina que los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 son inconstitucionales porque establecen conceptos que no coinciden con la realidad.

De otro lado, refiriéndose a los artículos 38 numeral 2) literal D) y 68 de la Ley 489 de 1998, afirma que hace suyos las consideraciones vertidas por la Sección Tercera del h. Consejo de Estado en la Sentencia proferida dentro del expediente 29.793, conforme a las cuales las ESP mixtas también forman parte de la Administración Pública.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación, Edgardo Maya Villazón, solicitó a esta Corporación declarar (i) La exequibilidad de las expresiones “en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social” “y 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”, contenidas en el artículo 1 del Decreto Ley 128 de 1976 y 102 de la Ley 489 de 1998 respectivamente, por los cargos analizados. (ii) La

inexequibilidad de las expresiones “iguales o superiores al 50%” y “mayoritariamente” contenidas en los numerales 6 y 7 respectivamente del artículo 14 de la Ley 142 de 1994. Y (iii), la exequibilidad de las expresiones “Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios” contenidas en los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998, por los cargos estudiados. En sustento de esta petición expuso los siguientes argumentos:

En una primera parte del concepto, el señor Procurador pone de presente que el legislador goza de amplia libertad de configuración normativa para regular el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de las sociedades de economía mixta. Ahora bien, en relación con el cargo de la demanda conforme al cual la decisión del legislador de someter al régimen de inhabilidades e incompatibilidades únicamente a los directivos de las sociedades de economía mixta en las que los aportes estatales correspondan al 90% o más de su capital, dejando por fuera a los que están por debajo de este porcentaje, la vista fiscal recuerda que artículo 97 de la Ley 489 de 1998 establece que el objetivo de las sociedades de economía mixta es desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, por lo cual en estricto sentido no ejercen función pública. Lo anterior sin perjuicio de que ocasionalmente, en el cumplimiento del objeto social, las directivas de la sociedad puedan ejercer función pública. Recuerda entonces el señor Procurador, que en todo caso, el control fiscal en las sociedades de economía mixta es un deber constitucional, sin importar la participación estatal; y agrega que también se ejerce el control que le corresponde a la Procuraduría General de la Nación, cuando ocasionalmente se ejerce función pública. No obstante lo anterior, explica que “el hecho que suceda tal situación de manera ocasional, no implica que se les traslade de manera inmediata los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades que se les aplica a los servidores públicos y a los particulares que cumplen funciones públicas, pues una decisión de esa naturaleza genera inseguridad jurídica que puede afectar derechos fundamentales, teniendo en cuenta que los referidos regímenes son de carácter restringido, delimitado y taxativo.”

En conclusión, la vista fiscal explica que el porcentaje de participación de capital de los entes estatales en una sociedad de economía mixta, como parámetro en la aplicación o no del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a sus directivos, no vulnera las normas constitucionales mencionadas por el demandante, puesto que por la naturaleza de las citadas entidades descentralizadas, una de cuyas misiones es buscar el capital privado con el objeto de desarrollar proyectos de interés general, es posible efectuar distinciones en la instauración de regímenes de distinta índole, entre los que cabe el concerniente las inhabilidades e incompatibilidades.

Ahora bien, en este punto la vista fiscal recuerda que el literal a) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 establece que se consideran como entidades estatales para los efectos de esa ley, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación al 50%. Y hace notar que en esa situación, el legislador somete a los directivos de estas sociedades al régimen de inhabilidades e incompatibilidades que contempla el artículo 8 y siguientes de la Ley 80 de 1993.

En una segunda parte, el concepto se refiere a la demanda en cuanto recae sobre los artículos 14.6 y 14.7 de la Ley 142 de 1994, el numeral 2 del literal d) del artículo 38 y el

artículo 68 de la Ley 489 de 1998. Al respecto recuerda que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos domiciliarios son sociedades por acciones, por lo que “sin dudas la definición del numeral 6 viene a constituir una modalidad de las sociedades de economía mixta, que por supuesto se les aplica una regulación especial conforme a las reglas establecidas en la referida ley”. De esta manera, agrega que cuando el legislador en los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 definió los conceptos de empresas de servicios públicos mixtas y privadas, “estipuló un porcentaje que delimita la concepción de las mismas que no tiene sustento constitucional, en la medida en que el hecho de tener aportes estatales ya convierte a una empresa en mixta, con las consecuencias de orden jurídico que ello implica. Por lo que, el 50% a que alude la norma demandada desconoce el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política, que no fija ningún límite para que una empresa con aportes estatales se considere mixta o no, en ese orden, se solicitará a la Corte Constitucional la declaratoria de inexecutable de las expresiones “iguales o superiores al 50%” y “mayoritariamente” contenidas en los precitados numerales.”

Finalmente, en cuanto a los artículos 38 numeral 2, literal d) y 68 de la Ley 489 de 1998, que según el demandante excluyen sin razón alguna a las empresas de servicios públicos mixtas de la estructura de la Administración, vulnerando las normas constitucionales que regulan dicha estructura, el concepto del Ministerio Público señala que si se revisan bien las normas demandadas, se observa que ellas sólo hacen alusión a las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, de lo cual se deduciría que las empresas de servicios públicos mixtas habrían sido excluidas de la estructura de la administración, lo desconocería la Constitución Política. Sin embargo, explica que la apreciación es equivocada, “puesto que como ya se anotó, no hay dudas que las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, son una especie del género de las sociedades de economía mixta, las cuales de conformidad al literal f del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 integran el sector descentralizado, aduciendo que conforman el mismo: “las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta.” Y en cuanto a el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, recuerda que esta norma señala que son entidades descentralizadas, además, de las enumeradas en el mismo “... 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.” Así las cosas, las empresas de servicios públicos de naturaleza mixta sí deben considerarse incluidas dentro de la estructura de la administración, no solamente porque al ser consideradas una especie de las sociedades de economía mixta se les aplica el literal f del artículo 38 de la Ley 489 de 1994, sino porque el artículo 68 de la misma ley le da ese carácter a cualquier entidad que cumpla con las exigencias propias de creación de una entidad descentralizada.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Por dirigirse la demanda contra una norma que forma parte de un Decreto expedido por el

Presidente de la República actuando en ejercicio de facultades extraordinarias, y otras normas contenidas en leyes de la República, al tenor de lo dispuesto en los numerales 4° y 5° del artículo 241 de la Carta, corresponde a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad.

2. El problema jurídico que plantean las demandas

2.1 Según se expuso en el acápite de Antecedentes de la presente Sentencia, la primera de las demandas acumuladas sostiene que los apartes acusados de los artículos 1° del Decreto Ley 128 de 1976 y 102 de la Ley 489 de 1998, al excluir del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones a los miembros de juntas y consejos directivos de sociedades de economía mixta con un capital público inferior al 90%, desconocen los principios de transparencia, moralidad e imparcialidad que según el artículo 209 superior gobiernan la actividad administrativa, pues tales principios se aplican tanto a los servidores públicos como a los particulares que administran recursos públicos, sin importar cuál sea el porcentaje de dineros oficiales en el total de los recursos administrados. Por las mismas razones, las disposiciones acusadas vulneran el 210 superior, conforme al cual "(l)as entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa."

Adicionalmente, esa demanda dice que las normas acusadas desconocen el principio de igualdad a que alude el artículo 13 superior, en tanto que otorgan un trato privilegiado a los miembros de las juntas directivas, presidentes, gerentes y directores de las mencionadas sociedades, a quienes se les viene a aplicar un régimen de transparencia más flexible, sin que dicho trato especial se encuentre constitucionalmente justificado, puesto que el mayor o menor porcentaje de participación de capital estatal no es una justificación razonable para el mismo.

También sostiene esa demanda que, dado que el artículo 123 de la Constitución Política dispone que son servidores públicos los empleados y trabajadores las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, todos los trabajadores de las sociedades de economía mixta, incluidos los miembros de las juntas o consejos directivos, deben ser considerados servidores públicos y como tales sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, sin importar el monto del capital estatal presente en dichas sociedades, pues de lo contrario resulta vulnerada la mencionada norma superior. Máxime cuando, a su parecer, es claro que los directivos excluidos por las normas acusadas de la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades ejercen funciones públicas, aunque sea de manera transitoria.

Finalmente, esa demanda arguye que las normas acusadas resultan ser inconstitucionales porque tratan a las sociedades cuyo capital público sea menor al 90% como entidades por fuera de la Rama Ejecutiva y de la estructura de la Administración, desconociendo con ello los artículos 113, 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 de la Carta. De manera especial, la demanda destaca que las normas acusadas excluyen de la aplicación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a las empresas de servicios públicos domiciliarios (ESP) mixtas, pues el artículo 102 de la Ley 489 de 1998, que remite al Decreto-ley 128, sólo

menciona a las empresas de servicios públicos oficiales. Pone de presente que con lo anterior se contradice la ratio decidendi de varios pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, según los cuales las sociedades de economía mixta conservan esta naturaleza sin importar el monto del porcentaje de capital oficial.

2.2 En cuanto a la segunda de las demandas acumuladas, que recae también sobre el artículo 102 (parcial) de la Ley 489 de 1998, pero que además se extiende a los artículos 38 numeral 2° literal d) y 68 de la misma Ley, así como a los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, ella reitera el mismo argumento expuesto en la demanda anterior conforme al cual, dado que los artículos 150-7, 300-7 y 313-6 de la Carta indican que las sociedades de economía mixta pertenecen a la estructura de la administración, resulta inconstitucional que el legislador establezca que las ESP mixtas no pertenecen al sector descentralizado. También se alega en esta demanda, que son inexecutable los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, en cuanto catalogan como empresas de servicios públicos mixtas sólo a aquellas en las cuales el Estado posea el 50% o más del capital, pues esta Corporación en su jurisprudencia tiene sentado que las sociedades donde exista capital público, sin importar su porcentaje, se deben considerar mixtas. En lo demás reitera los cargos expuestos en la primera de las demandas acumuladas, pero hace especial énfasis en hecho de que las normas acusadas “han sido objeto de múltiples, contradictorias y opuestas interpretaciones por parte de los órganos jurisdiccionales”, particularmente por diferentes secciones del Consejo de Estado y por la Corte Constitucional, “hecho que ha generado gran inseguridad jurídica y una enorme disparidad en la jurisprudencia”.

2.3 Visto lo anterior, la Corte entiende que los problemas jurídicos que le corresponde resolver para definir la constitucionalidad de las normas acusadas pueden sintetizarse así:

- Primer problema: Si de los artículos los artículos 113, 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 de la Carta se desprende que todas las sociedades en cuyo capital haya cualquier proporción de participación pública deben ser consideradas como sociedades de economía mixta pertenecientes a la Rama Ejecutiva y a la estructura de la Administración, y si particularmente las empresas de servicios públicos en las cuales haya cualquier porcentaje de capital público en concurrencia con cualquier porcentaje de capital privado deben ser consideradas como de carácter mixto, más concretamente como sociedades de economía mixta, pues así se desprendería de la jurisprudencia de esta Corporación.

- Segundo problema: Si en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 superior y por las normas constitucionales referentes a los principios de moralidad e imparcialidad que gobiernan la función pública, así como al principio de igualdad, se tiene que (i) todos los trabajadores de las sociedades de economía mixta, incluidos los miembros de sus juntas o consejos directivos, deben ser considerados servidores públicos y como tales sometidos al régimen general de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades correspondiente, contenido en el Decreto Ley 128 de 1976, sin importar el monto del capital estatal presente en dichas sociedades. Y (ii) si dicho régimen de necesariamente deba ser aplicado sin excepción en todas las empresas de servicios públicos, sin atender al porcentaje de capital público presente en ellas.

Pasa la Corte a estudiar los anteriores asuntos.

3. Las sociedades de economía mixta y la estructura de la administración

3.1 El concepto de descentralización por servicios y su recepción en la Constitución Política.

Dentro de la clásica teoría de la separación de funciones del poder público expuesta por Montesquieu, a la Rama Ejecutiva correspondía en forma exclusiva “hacer cumplir las leyes” expedidas por la Rama Legislativa; la exclusividad de la función ejecutiva consistía en que solamente cumplía esa función, y en que sólo ella la cumplía, es decir, lo hacía sin colaboración de ningún otro órgano del poder público. Sin embargo, es sabido cómo la evolución del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho motivada por la urgencia de hacer efectivos los derechos fundamentales conllevó la reformulación de la anterior concepción. Ciertamente, la adopción de la fórmula “social de Derecho” implicó la transformación del antiguo modelo reducido de Estado, propio del liberalismo clásico, para dar paso a una estructura político administrativa mucho más compleja, promotora y responsable de toda una dinámica social dirigida hacia la satisfacción de las necesidades básicas de la población en campos como los de la salud, la vivienda, el trabajo, la educación, la alimentación, la seguridad, etc., satisfacción de necesidades concebida ahora como derecho de cada cual y no como mera beneficencia⁸. 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.⁹

En términos generales, la descentralización administrativa es un concepto que tiene vigencia en los modelos de Estado unitario, como el que propone la Constitución que nos rige. En efecto, esta Corporación ha explicado que el Estado unitario “supone el principio de la centralización política, que se traduce en unidad de mando supremo, unidad en todos los ramos de la legislación, unidad en la administración de justicia y, en general, unidad en las decisiones de carácter político que tienen vigencia para todo el espacio geográfico nacional.”¹⁰ No obstante, la jurisprudencia también ha hecho ver que “la centralización política no es incompatible con la descentralización administrativa” y que esta última consiste en “la facultad que se le atribuye a determinadas entidades públicas para gobernarse por sí mismas, mediante el otorgamiento de funciones específicas que son ejercidas autónomamente.”¹¹(Negrillas fuera del original)

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.

Para el momento en que fue adoptada la Constitución Política vigente, el concepto de

descentralización administrativa por servicios ya había sido recibido en el Derecho Público colombiano. En efecto, para ese entonces numerosas normas constitucionales y legales se referían a las entidades descentralizadas o a las entidades descentralizadas por servicios, denominación que conforme a esa normatividad previa al actual régimen constitucional comprendía a los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta¹² y a las llamadas entidades descentralizadas indirectas (sociedades y asociaciones entre entidades públicas, asociaciones y fundaciones de participación mixta).¹³ El constituyente entonces reconoció esta realidad, la asumió y la reguló en diversas normas de la nueva Carta. En efecto, varias disposiciones constitucionales actualmente se refieren o 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. (Destaca la Corte). 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.

3.2 El concepto constitucional de “sociedades de economía mixta”.

3.2.1 Así pues, los conceptos de “descentralización por servicios”, y concretamente la forma jurídica denominada “sociedad de economía mixta”, habían sido incorporados al derecho público colombiano con anterioridad a la expedición de la Carta de 1991. En relación con esta última categoría, un grupo de disposiciones superiores determinan hoy en día las características constitucionales de tales sociedades, asunto que ha sido estudiado pormenorizadamente por esta Corporación, que al respecto ha señalado, entre otras cosas, que: (i) las sociedades de economía mixta son mencionadas en la Constitución a propósito de las atribuciones del Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales relativas a la determinación de la estructura de la administración (nacional, departamental o municipal)¹⁴; (ii) las sociedades de economía mixta se conforman con participación económica concurrente del Estado y de los particulares, en cualquier proporción ¹⁵; (iii) que las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas tanto conforme a las definiciones legales vigentes al momento de expedirse la Constitución de 1991, como en armonía con las precisiones ulteriores efectuadas por el legislador en la Ley 489 de 1998¹⁶; y (iv) que la precisión del régimen jurídico de las sociedades de economía mixta corresponde a la ley, conforme a lo dispuesto por artículo 210 de la Constitución en concordancia con los artículos 150-7 y 209 ibídem.¹⁷

Ahora bien, dentro de este conjunto de características constitucionales, la Corte en esta ocasión debe detenerse a estudiar particularmente la referente a la pertenencia de las sociedades de economía mixta a la “estructura de la Administración”, y más concretamente a la Rama Ejecutiva del poder público, a fin de resolver el primer problema jurídico que plantea la presente demanda.

3.2.2 La pertenencia de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva del poder público. En primer lugar, la Corte repara en que las sociedades de economía mixta son mencionadas en la Constitución a propósito de las atribuciones (del Congreso, asambleas o concejos) de “determinar la estructura de la Administración.” Ciertamente, los artículos 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 tienen como elemento común el conceder facultades a esos órganos colegiados para ese concreto propósito.¹⁸ De donde se deduce que la Constitución incluye a las sociedades de economía mixta dentro de la “estructura de la Administración”.

Por su parte, el artículo 115 de la Constitución, que pertenece al Capítulo I del Título V, relativo a la Estructura del Estado, al señalar los órganos que conforman la Rama Ejecutiva del poder público, no menciona a las sociedades de economía mixta.¹⁹ Esta circunstancia, sin embargo, no significa que este tipo de entidades se encuentre por fuera de este concepto. Es decir, de la lectura del artículo 115 no es posible concluir que las sociedades de economía mixta no formen parte de la Rama Ejecutiva, y que sólo conformen “la estructura de la Administración”, según lo dispuesto por los artículos 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6, que se acaban de mencionar.

Así pues, la enumeración contenida en el artículo 115 no es taxativa, de donde se deduce que otros órganos distintos de los allí mencionados pueden conformar la Rama Ejecutiva. Sin embargo, para establecer si las sociedades de economía mixta forman parte de esta Rama, es necesario aclarar que este concepto (Rama Ejecutiva) involucra el de administración centralizada y descentralizada, según pasa a explicarse:

La Constitución Política en distintas normas se refiere a los conceptos de Gobierno, Rama Ejecutiva y Administración Pública.

En efecto, en el artículo 114 superior diferencia los conceptos de Gobierno y Administración, cuando dice lo siguiente: “Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración.” (subraya y resalta la Corte). A su vez el artículo 115 siguiente, adoptando con ello el sistema de gobierno presidencial, dispone que el Presidente de la República no sólo es el jefe de Estado, sino también el jefe del Gobierno y la suprema autoridad administrativa. Y a continuación la misma norma aclara que “El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.” Por su parte, el numeral 7° del artículo 150, el numeral 7° del artículo 300 y el numeral 6° del artículo 313 se refieren respectivamente a las facultades del Congreso, las asambleas y los concejos de determinar la “estructura de la Administración” nacional, departamental o municipal según sea el caso. Y el artículo 208 de la Carta indica que “Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los

jefes de la administración en su respectiva dependencia.”

Pero aparte de esta distinción entre los conceptos de Gobierno y Administración que aparece manifiesta en los textos superiores citados, la Constitución también se refiere en varias disposiciones a la “Rama Ejecutiva”. En efecto, como se hizo ver arriba, en su último inciso el artículo 115 prescribe que “Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva”, enumeración que, como se dijo antes, no debe ser entendida en un sentido excluyente o taxativo. Así mismo, como también se dijo, el artículo 354 de la Carta indica que el Contador General de la Nación es un funcionario de la Rama Ejecutiva del poder público²². Más adelante, el Título VII se intitula “De la Rama Ejecutiva”, y bajo este epígrafe se encuentran las normas referentes a la Presidencia de la República, al “Gobierno”, a la Vicepresidencia de la República, a los ministros y directores de los Departamentos Administrativos y a la Fuerza Pública.

Este plexo de normas superiores exige a la Corte estudiar si es posible entender que la Constitución distingue entre los conceptos de Rama Ejecutiva, Gobierno y Administración Pública. Sobre el particular encuentra lo siguiente:

- Del artículo 114 puede inferirse que el Gobierno es la cabeza de la Rama Ejecutiva y está conformado de manera general por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos; no obstante, para “cada negocio particular”, el Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes constituyen el Gobierno. De esta manera, puede afirmarse que el Gobierno forma parte de la Rama Ejecutiva, como su cabeza, pero que no toda la Rama Ejecutiva conforma el Gobierno.

- El concepto de “Gobierno” y su distinción frente a las nociones de “Rama Ejecutiva” o de “Administración Pública” obedece a la índole política de la función propiamente gubernamental; en esta esfera de funciones, el Gobierno ejerce la dirección u orientación de toda la Rama Ejecutiva o de la Administración Pública, es decir, traza los rumbos y las metas hacia los cuales debe dirigirse su actividad. En cambio, las funciones no gubernamentales sino simplemente ejecutivas o administrativas carecen de este acento político. Así por ejemplo, las funciones presidenciales de inspección vigilancia y control son funciones de naturaleza administrativa, ya que por no involucrar el señalamiento de políticas, no corresponden a actos de gobierno²³. Ahora bien, tal diferencia funcional repercute en la estructura orgánica estatal y determina la precisión constitucional que marca la distinción entre Gobierno y Rama Ejecutiva o Administración.

- En cuanto a la “Rama Ejecutiva”, no existe una norma clara en la Constitución que explique la diferencia entre este concepto y el de Administración Pública Central. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación en varias oportunidades ha analizado las posibles diferenciaciones, llegando a concluir que la expresión Administración Pública Central abarca todos los organismos de la Rama Ejecutiva Nacional, pero no comprende las demás ramas ni los órganos autónomos que fueron consagrados en la Constitución. En tal virtud, podría afirmarse que hay una identidad entre las nociones de Administración Pública Central y Rama Ejecutiva. Ciertamente, sobre este particular se han vertido los siguientes conceptos:

“La Corte no se ha ocupado todavía de definir de manera concreta el concepto de administración central. Sin embargo, en distintas sentencias ha establecido diferenciaciones, de las que se puede deducir que este concepto abarca todos los organismos de la Rama Ejecutiva nacional, pero no comprende las demás ramas ni los órganos autónomos que fueron consagrados en la Constitución. Así, por ejemplo, en la sentencia C-527 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se precisó que el numeral 14 del artículo 189 de la Carta no era aplicable a la Contraloría “debido a que es un órgano autónomo e independiente, excluido de la rama ejecutiva, la cual corresponde a la administración central”. Asimismo, en la sentencia C-192 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, que trató sobre la temática presupuestal. En el inciso 14 del actual artículo 189 de la Carta vigente no se menciona cuáles son las dependencias que constituyen la administración central. Sin embargo, los numerales 15 y 16 del mismo artículo 189 enumeran una serie de organismos sobre los cuales tiene incidencia directa el Presidente de la República en temas muy relacionados con los del inciso 14. Este hecho, así como la premisa de que en estas materias la Carta de 1991 siguió, en buena medida, los lineamientos de la Carta de 1886, permite concluir que con el concepto de administración central incorporado en el aludido numeral 14 se quiso hacer alusión a los Ministerios, los Departamentos Administrativos y demás entidades administrativas del orden nacional que formen parte de la administración, es decir, de la Rama Ejecutiva del Poder Público.”²⁴

Así las cosas, la noción de Rama Ejecutiva Nacional corresponde a la de Administración Pública Central, y excluye a las otras ramas del poder y a los órganos constitucionalmente autónomos. Siendo así las cosas, no habría inconveniente constitucional para considerar que las sociedades de economía mixta, 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.

Ahora bien, la vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva, y su condición de entidades descentralizadas, implica consecuencias que emergen de la propia Constitución cuales son particularmente las siguientes: (i) que están sujetas a un control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, que toma pie en lo reglado por el artículo 267 de la Constitución, y que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados²⁵; (ii) que están sujetas a un control político, que ejerce directamente el Congreso de la República en virtud de lo reglado por el último inciso del artículo 208 de la Constitución Política²⁶. (iii) que de conformidad con lo prescrito por el artículo 150 numeral 7, según el cual al Congreso le corresponde “crear o autorizar la constitución de ... sociedades de economía mixta” del orden nacional, su creación o autorización tiene que producirse mediante ley. Correlativamente, en los órdenes departamental y municipal esta misma facultad se le reconoce a las asambleas y concejos, según lo prescriben los artículos 300 numeral 78 y 313 numeral 6, respectivamente, por cual en dichos niveles las empresas de servicios públicos que asumieran la forma de sociedades de economía mixta deben ser creadas o autorizadas mediante ordenanza o acuerdo, según sea el caso; (iv) que les son aplicables las inhabilidades para la integración de órganos directivos a que aluden los artículos 180-327, 29228 y 32329 de la Carta; (v) que en materia presupuestal quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto³⁰; (vi) que en materia contable quedan sujetas a las reglas de contabilidad oficial³¹;

Estas consecuencias derivadas de la vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva han sido destacadas por la jurisprudencia de esta Corporación, que al respecto ha vertido los siguientes conceptos:

“... es posible concluir que las sociedades de economía mixta, pese su naturaleza jurídica específica (regulación basada en las normas del derecho privado, ejecución de actividades industriales o comerciales, ánimo de lucro, entre otros aspectos) no pierden su carácter de expresiones de la actividad estatal, amén del aporte público en la constitución del capital social y la consiguiente pertenencia a la administración pública, en la condición de entidades descentralizadas. De esta manera, 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 motivos para excluir a las sociedades de economía mixta de la estructura del Estado y de los controles administrativos que le son propios y cuya definición hace parte de la potestad de configuración normativa de que es titular el legislador. Con base en esta última consideración, la sentencia C-629/03 concluyó que “la propia Constitución, como se ha visto, 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.”.32

Adicionalmente, la vinculación a la Rama Ejecutiva implica que a pesar de que las sociedades de economía mixta, como entidades descentralizadas, gozan de autonomía jurídica, de todas maneras no son organismos independientes sino que están sujetas a cierto control por parte de la Administración central. Al respecto, la teoría general del Derecho Administrativo explica que aunque las entidades descentralizadas por servicios no están sujetas a un control jerárquico, reservado para la administración centralizada, en cambio si son objeto de un control llamado “de tutela”³³ por parte de las entidades a las que se vinculan. El desarrollo legislativo relativo al control administrativo de tutela que recae sobre las sociedades de economía mixta en virtud de su vinculación a la Rama Ejecutiva hoy en día está contenido en la Ley 489 de 1998, cuyos artículos 41 , 98 y 99 prescriben en su orden (i) que en el nivel nacional, “los ministros y directores de departamento administrativo orientan y coordinan el cumplimiento de las funciones a cargo de ... las sociedades de economía mixta que les estén adscritas o vinculadas o integren el Sector Administrativo correspondiente” (art. 41); (ii) que “en el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones para la participación del Estado que contenga la disposición que autorice su creación, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella” (art. 98); y (iii) que “la representación de las acciones que posean las entidades públicas o la Nación en una Sociedad de Economía Mixta corresponde al Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle vinculada dicha Sociedad” y que “cuando el accionista sea un establecimiento público o una empresa industrial y comercial del Estado, su representación corresponderá al respectivo representante legal, pero podrá ser delegada en los funcionarios que indiquen los estatutos internos” (art. 99).

3.2.3 El capital de las sociedades de economía mixta necesariamente se conforma con aportes públicos y privados en cualquier proporción. Resulta también claro que las sociedades de economía mixta se conforman con participación económica del Estado y de los

particulares, como lo puso de presente la Sentencia C-953 de 199934, en la cual, al examinar la constitucionalidad del artículo 97 de la Ley 489 de 199835, se vertieron los siguientes conceptos:

“... encuentra la Corte que, efectivamente, como lo asevera el actor y lo afirma el señor Procurador General de la Nación, la Carta Política vigente, en el artículo 150, numeral 7º, atribuye al legislador la facultad de “crear o autorizar la constitución” de “sociedades de economía mixta”, al igual que en los artículos 300 numeral 7º y 313 numeral 6º dispone lo propio con respecto a la creación de este tipo de sociedades del orden departamental y municipal, sin que se hubieren señalado porcentajes mínimos de participación de los entes estatales en la composición del capital de tales sociedades. Ello significa entonces, que la existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna 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, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de “mixta” es, justamente, 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.

“4.6. Por otra parte, se observa por la Corte que el artículo 210 de la Constitución establece que las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional deben ser creadas por la ley o con su autorización “con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa”, norma ésta que en armonía con lo dispuesto por el artículo 150 de la Carta permite que el Congreso de la República en ejercicio de su atribución de “hacer las leyes” dicte el régimen jurídico con sujeción al cual habrán de funcionar los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas de economía mixta. Ello no significa que so pretexto de establecer ese régimen para estas últimas se pueda establecer desconocer que cuando el capital de una empresa incluya aportes del Estado o de una de sus entidades territoriales en proporción inferior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, no alcanzan la naturaleza jurídica de sociedades comerciales o empresas de “economía mixta”, pues, se insiste, esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea “del Estado” o de propiedad de “particulares” sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada “mixta”, por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución.

“De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni “mixta”, sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución.

“4.7. No sobra advertir, sin perjuicio de lo expuesto, 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.” (Negrillas y subrayas fuera del original)

Del fragmento de la Sentencia C-953 de 1999³⁶ que se acaba de transcribir, la Corte estima oportuno poner su atención en lo dicho en el último párrafo subrayado y destacado. En efecto, a pesar de que la participación concurrente de capital público y privado es el rasgo esencial y determinante de la calificación de una entidad como sociedad de economía mixta, de ello no se sigue que todas las sociedades de esta naturaleza deban regularse por idéntico régimen legal. Pues para dichos efectos, es decir para establecer el régimen al cual han de someterse dichas sociedades, el legislador está revestido de amplias facultades, al tenor de lo dispuesto por el artículo 210 de la Constitución en concordancia, primordialmente, con los artículos 150-7 y 209 *ibídem*.

3.3.3 El régimen jurídico de las sociedades de economía mixta es el señalado por el legislador. Como se acaba de hacer ver, la Constitución Política en el primer inciso del artículo 210 autoriza expresamente al legislador para crear o autorizar la creación de las entidades descentralizadas, entre ellas las sociedades de economía mixta del orden nacional, “con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.” Así mismo, el último inciso de la misma disposición señala que al legislador compete establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas (de cualquier orden). Así pues, debe concluirse que el Congreso de la República está revestido de libertad de configuración legislativa para señalar el régimen jurídico aplicable a este tipo de entidad descentralizada.

Ahora bien, en desarrollo de la atribución constitucional de establecer el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta, el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 señala que “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 y comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”. (Destaca la Corte) Por su parte, el Código de Comercio en su artículo 461 dispone que “(s)on de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado. Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.” (Destaca la Corte).

Recordado a grandes rasgos el régimen constitucional y legal de las sociedades de economía mixta, la Corte estima que debe detenerse en el estudio de la naturaleza jurídica de las empresas prestadoras de servicios públicos, a fin de tener elementos de juicio para definir el primer problema jurídico planteado por la demanda.

4. La naturaleza jurídica de las Empresas de Servicios Públicos.

4.1 La propia Constitución Política en su artículo 365 define que la adecuada prestación de los servicios públicos está vinculada a la finalidad social del Estado, por lo cual a éste corresponde asegurar dicha prestación a todos los habitantes del territorio nacional. La misma norma indica que el régimen jurídico de los servicios públicos será el que fije la ley, y podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, pero que en todo caso, “el Estado mantendrá la regulación, el control y la

vigilancia de dichos servicios”.

Por su parte, el artículo 367 se ocupa de manera especial de los servicios públicos domiciliarios, indicando que corresponde también al legislador fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de esta categoría de servicios públicos y regular su cobertura, calidad y financiación, así como el régimen tarifario, que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. La Corte ha hecho ver que el anterior marco normativo refleja la importancia que el constituyente otorgó a los servicios públicos como instrumentos para realización de los fines del Estado Social de Derecho, así como para la plena vigencia de los derechos constitucionales que garantizan una existencia digna.³⁸

4.2 Ahora bien, de esta reglamentación constitucional, de manera especial de lo afirmado por el artículo 365 cuando indica que los servicios públicos “estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”, la Corte entiende que el constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial, para responder así a este interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial.

Corroborar la anterior interpretación el hecho de que la Constitución, en el numeral 7° del artículo 150 de la Carta, autoriza al legislador para crear o autorizar la creación de entidades descentralizadas del orden nacional, categoría dentro de la cual no sólo incluyó a los clásicos establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales de Estado y las sociedades de economía mixta, sino también a “otras entidades del orden nacional”, aclarando así que no existe una clasificación cerrada de entidades del orden nacional, sino que bien puede al legislador idear otras formas de organismo público o mixto. Por eso señaló el constituyente que al Congreso le corresponde, 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. (Destaca la Corte).

En desarrollo de este propósito constitucional de revestir de naturaleza y régimen jurídico

especial la prestación de los servicios públicos, mediante la Ley 142 de 1994 el Congreso estableció concretamente el régimen general de los servicios públicos domiciliarios y señaló qué tipo especial de sujetos podrían prestarlos y bajo qué régimen jurídico debían hacerlo. A este respecto, el numeral 1° del artículo 15 de dicha Ley prescribe que pueden prestar esta clase de servicios, entre otras personas, las “empresas de servicios públicos”. La misma Ley en su artículo 14 (parcialmente demandado en este proceso) establece las siguientes categorías de “empresas de servicios públicos”:

“14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

“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.”

Más adelante, el artículo 17 de la Ley en cita define así la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos:

“Artículo 17. Naturaleza.

“Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

“Parágrafo 1o. 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 empresa industrial y comercial del estado.

...”

4.3 Ahora bien, sobre el régimen legal de las empresas de servicios públicos domiciliarios, la Corte ha hecho ya el siguiente estudio, que resulta oportuno recordar:

“El término empresas de servicios públicos domiciliarios, lo reserva la Ley 142 de 1994 para las sociedades por acciones –sean éstas públicas, mixtas o privadas-³⁹ que participen en la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; o la realización de una o varias de las actividades complementarias.⁴⁰ De tal manera que una comunidad organizada mediante una forma diferente no es considerada empresa de servicios públicos domiciliarios.

“El nombre de la empresa deberá estar seguido por las palabras “empresa de servicios públicos” o de las letras “ESP”⁴¹ y su duración podrá ser indefinida (Artículo 19.2., Ley 142 de 1994). En ellas pueden participar como socias otras empresas de servicios públicos,

empresas que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, dependiendo de la oferta del bien o servicio en el mercado.⁴²

“En cuanto al capital de la empresa, éste puede pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros.⁴³ El capital de la empresa se dividirá en acciones de igual valor que se representarán en títulos negociables.⁴⁴ En las asambleas, los socios podrán emitir tantos votos como correspondan a sus acciones; pero todas las decisiones requieren el voto favorable de un número plural de socios.⁴⁵ En todo caso, la empresa no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas.⁴⁶

“La Ley no establece un monto de capital específico para la constitución de este tipo de empresas.⁴⁷ Permite, además, que los socios definan libremente el capital que se suscribe,⁴⁸ el monto que debe pagarse al momento de la suscripción y el plazo para el pago de la parte que queda pendiente.⁴⁹ Para que el pago de los aportes se entienda cumplido, la suscripción del título deberá inscribirse en la oficina de registro de instrumentos públicos. No obstante lo anterior, las empresas podrán funcionar aunque no se haya hecho este registro.⁵⁰

“En el caso de empresas mixtas, cuando el aporte estatal consista en el usufructo de los bienes vinculados a la prestación del servicio público, su suscripción, avalúo y pago, se regirán íntegramente por el derecho privado, aporte que de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio, incluirá la regulación de las obligaciones del usufructuario, en especial en lo que se refiere a las expensas ordinarias de conservación y a las causales de la restitución de los bienes aportados.⁵¹

“En materia de emisión y colocación de acciones, la Ley 142 de 1994 no exige autorización administrativa previa de ninguna autoridad. Sin embargo, si se va a hacer oferta pública de tales acciones a personas distintas de los usuarios que hayan de beneficiarse con inversiones en infraestructura, se requiere inscripción en el Registro Nacional de Valores.⁵²

“Con el fin de facilitar el control, inspección y vigilancia de las empresas de servicios públicos, las actas de sus asambleas se deben conservar y se enviará copia de ellas y de los balances y estados de pérdidas y ganancias a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. También será necesario remitir dichos documentos a la entidad pública que tenga la competencia por la prestación del servicio o a la comisión de regulación cuando alguna de ellas o un socio lo soliciten.⁵⁴

“En cuanto a la disolución de estas empresas, la Ley 142 de 1994 restringe las causales a las previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 457 del Código de Comercio, y al evento de que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un accionista.⁵⁵ Si se verifica una de las causales de disolución, los administradores están obligados a realizar aquellos actos y contratos que sean indispensables para no interrumpir la prestación de los servicios a cargo de la empresa, pero darán aviso inmediato a la autoridad competente para la prestación del servicio y a la Superintendencia de servicios públicos, y convocarán inmediatamente a la asamblea general para informar de modo completo y documentado dicha situación.⁵⁶”⁵⁷ (Negrillas fuera del original)

5. Definición del primer problema jurídico planteado en la demanda.

5.1 Recordado en lo fundamental el marco normativo constitucional y legal de las sociedades de economía mixta y de las empresas de servicios públicos, pasa la Corte a examinar si de los artículos 113, 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 de la Carta se desprende (i) que todas las sociedades en cuyo capital haya cualquier proporción de participación pública deben ser consideradas como pertenecientes a la Rama Ejecutiva, y particularmente (ii) si las empresas de servicios públicos en las cuales haya cualquier porcentaje de capital público en concurrencia con cualquier porcentaje de capital privado deben ser consideradas como de carácter mixto, más concretamente como sociedades de economía mixta, pues así se desprendería de la Constitución y de su interpretación jurisprudencial llevada a cabo por esta Corporación.

Al respecto encuentra lo siguiente:

5.2. Las empresas de servicios públicos en las cuales haya cualquier porcentaje de capital público en concurrencia con cualquier porcentaje de capital privado no deben ser consideradas como sociedades de economía mixta.

5.2.1 Según se dijo ad supra, esta Corporación definió que el elemento determinante del concepto de sociedad de economía mixta es la participación económica tanto del Estado como de los particulares, en cualquier proporción, en la conformación del capital de una sociedad. En este sentido, como se recordó anteriormente, la Corte ha afirmado que “esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares”.⁵⁸ Y en el mismo orden de ideas, en la misma providencia en cita agregó que “lo que le da esa categoría de “mixta” (a la sociedad) es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares”.(Paréntesis fuera del original).

5.2.2 No obstante, después de haber estudiado los conceptos de sociedad de economía mixta y de empresa de servicios públicos, la Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean “sociedades de economía mixta”. A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad.

Ahora bien, dentro de esa categoría especial diseñada por el legislador y llamada “empresa de servicios públicos”, resulta obvio que la ley puede establecer diferencias de regulación que atiendan a distintos factores o criterios de distinción, uno de los cuales puede ser el porcentaje de la participación accionaria pública presente en las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones. Estas diferencias de régimen están constitucionalmente justificadas, en cuanto hacen posibles las condiciones jurídicas que favorecen la asociación de los particulares con el Estado a fin a lograr la adecuada prestación de los servicios públicos. Ciertamente, el legislador puede regular de manera diferente situaciones de hecho también distintas, más cuando este trato jurídico diverso

permite cumplir ese objetivo superior de eficiencia en la prestación de los servicios públicos, que la propia Constitución Política en su artículo 365 define que como vinculado a “a la finalidad social del Estado”.

Es de suponer que cuando los particulares se asocian con el Estado para la prestación de servicios públicos, persiguen intereses igualmente particulares; en especial, buscan un lucro legítimo que tratan de obtener en un esquema de libre competencia económica. Dentro de este escenario, el legislador debe propiciar las condiciones jurídicas para que esa asociación no encuentre obstáculos que no se presentarían si el socio de los particulares no tuviera naturaleza pública. Por esta razón, según lo señala el artículo 365 superior, le está permitido señalar el régimen jurídico aplicable a este tipo de empresas, y al hacerlo puede tener en cuenta las características diferenciales de cada tipo de entidad. Tratándose de empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales caben distintos porcentajes de participación pública, el legislador puede establecer regímenes de mayor autonomía para aquellos casos en los cuales la participación accionaria privada supera una cierta proporción, en especial cuando supera el cincuenta por ciento (50%) del capital social.

Obviamente, la mayor o menor autonomía concedida por el régimen jurídico y la mayor o menor aplicabilidad de controles derivados de la naturaleza pública, privada o mixta de una institución deben guardar una relación de proporcionalidad directa con la mayor o menor participación pública en la composición accionaria de la sociedad. A menor participación pública, el régimen jurídico debe permitir una mayor autonomía, y viceversa.

5.2.3 En cualquier caso, esta mayor o menor autonomía no puede obviar algunas limitaciones que emanan de la propia Constitución. En especial, la Corte llama la atención en lo relativo a la vigencia permanente del control fiscal que por disposición de la Carta recae siempre sobre las entidades que manejan recursos públicos, conforme lo prescribe el artículo 267 de la Carta, cuyo tenor conviene recordar:

“. ARTICULO 267. “El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

“Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.”

Véase como del tenor literal de la disposición superior transcrita se desprende que la vigilancia de la gestión fiscal recae sobre las “entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”. Por lo tanto, recae sobre cualquier clase de entidad que maneje tales fondos o bienes y no solamente sobre las sociedades de economía mixta. En tal virtud, si la Empresas

de Servicios Públicos manejan fondos o bienes de la nación, en cualquier proporción, igualmente quedan sometidas a este control fiscal, sin que tenga relevancia la calificación sobre su naturaleza jurídica.

5.2.4 Visto lo anterior, la Corte se pregunta ahora si cuando los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 prescriben, respectivamente, que (i) “Empresa de servicios públicos mixta... “(e)s aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%” y (ii) que “Empresa de servicios públicos privada... (e)s 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”, desconocen la Constitución.

Al respecto estima que la redacción de las anteriores disposiciones contempla expresamente dos nuevas categorías de entidades, denominadas “empresa de servicios públicos mixta”, y “empresa de servicios públicos privada”, sobre cuya naturaleza jurídica se han presentado divergencias interpretativas que ahora conviene aclarar.

5.2.5 Al parecer de la Corte, la interpretación según la cual las empresas de servicios públicos son sociedades de economía mixta resulta contraria a la Constitución. Ciertamente, según se dijo arriba, del artículo 365 superior se desprende que el régimen y la naturaleza jurídica de los prestadores de servicios públicos es especial; además, del numeral 7° del artículo 150 de la Carta, se extrae que el legislador está constitucionalmente autorizado para crear o autorizar la creación de “otras entidades del orden nacional”, distintas de los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales de Estado y las sociedades de economía mixta.

Por todo lo anterior, la Corte encuentra que cuando el numeral 6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 dispone que una empresa de servicios públicos mixta “(e)s aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50”, y cuando el numeral 7 de la misma disposición agrega que una empresa de servicios públicos privada “(e)s 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”, simplemente está definiendo el régimen jurídico de esta tipología especial de entidades, y estableciendo para este propósito diferencias fundadas en la mayor o menor participación accionaria pública.

Con fundamento en lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “iguales o superiores al 50%”, contenida en el numeral 6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, así como la exequibilidad de la expresión mayoritariamente, contenida en el numeral 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994.

5.3 Las empresas de servicios públicos mixtas y privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de participación pública, son entidades descentralizadas y constitucionalmente conforman la Rama Ejecutiva.

5.3.1. Según se analizó anteriormente, no es posible pensar que la enumeración

constitucional recogida en el último inciso del artículo 115 sea taxativa, por lo cual el legislador está en libertad de adicionar otros organismos a aquellos que por expresa mención de este artículo conforman la Rama Ejecutiva. Ciertamente, la conformación de la “estructura de la Administración”, es decir de la Rama Ejecutiva, es un asunto que el numeral 7° del artículo 150 superior pone en manos del legislador; y que en los niveles departamental y municipal es facultad de las asambleas y consejos respectivamente. (C.P. artículos 300 numeral 7 y 313 numeral 6).

De lo anterior se deriva que, desde la perspectiva constitucional, en el nivel nacional las empresas de servicios públicos públicas, mixtas o privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de capital público pueden formar parte de la estructura de la Rama Ejecutiva, según lo disponga el legislador, que para esos efectos está revestido de las facultades que le confiere expresamente el numeral 7° del artículo 150 superior.

Visto lo anterior, la Corte debe detenerse a examinar el tenor literal de dos de las disposiciones parcialmente acusadas en la presente oportunidad. Son ellas las siguientes:

(i) El artículo 38 de la Ley 498 de 1998, titulado “Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional”, norma que, al enlistar los organismos que conforman el sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva, en su literal d) incluye a “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios”⁶⁰, pero no a las empresas mixtas o privadas de la misma naturaleza. Debe recordarse que según lo define el numeral 5° del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, no demandado en esta oportunidad, la empresa de servicios públicos oficial “es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.”

(ii) El artículo 68 de la misma Ley que señala que “(s)on entidades descentralizadas del orden nacional ..., 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...”. (La expresión subrayada es la acusada). Como puede observarse, esta disposición incluye dentro de las entidades descentralizadas del orden nacional a las empresas oficiales de servicios públicos, pero no hace lo propio con las empresas mixtas o privadas de la misma naturaleza.

La demanda indica que los artículos 38 y 68, parcialmente demandados dentro de este proceso, excluirían de la conformación de la Rama Ejecutiva a las empresas de servicios públicos mixtas y privadas (Artículo 38) y también las excluirían de la pertenencia a la categoría jurídica denominada “entidades descentralizadas” (Artículo 68). Con lo cual resultaría discutible su constitucionalidad, dado que, conforme a la definición legal de este tipo de empresas, contenida en los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, se trata de tipos societarios constituidos con capital concurrente del Estado y de los particulares. Ciertamente, dichas definiciones legales, se recuerda, dicen así:

“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.”

Nótese cómo una empresa de servicios públicos privada es aquella que mayoritariamente pertenece a particulares, lo cual, a contrario sensu, significa que minoritariamente pertenece al Estado o a sus entidades. Y que una empresa de servicios públicos mixta es aquella en la cual el capital público es igual o superior al cincuenta por ciento (50%), lo cual significa que minoritariamente pertenece a particulares. Así las cosas, una y otra se conforman con aporte de capital público, por lo cual su exclusión de la estructura de la Rama Ejecutiva y de la categoría jurídica denominada “entidades descentralizadas” resulta constitucionalmente cuestionable, toda vez que implica, a su vez, la exclusión de las consecuencias jurídicas derivadas de tal naturaleza jurídica, dispuestas expresamente por la Constitución.

No obstante, la Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público. Ciertamente, el texto completo del numeral 2° del artículo 38 es del siguiente tenor:

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

1. Del Sector Central:

...

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.(Lo subrayado es lo demandado)”

Nótese cómo en el literal d) el legislador incluye a 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”, categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, que de esta manera, se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional.

Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión “las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios” contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público.

5.3.2 En cuanto al artículo 68 de la misma ley, se recuerda en seguida su tenor:

“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.” (Lo subrayado es lo demandado)

Obsérvese que si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas “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.” (Subraya la Corte). Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad.

6. Definición del segundo problema jurídico planteado en la demanda.

6.1 Pasa la Corte a examinar si, en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 superior, (i) todos los trabajadores de las sociedades de economía mixta, incluidos los miembros de sus juntas o consejos directivos, deben ser considerados servidores públicos y como tales sometidos al régimen general de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades correspondiente, contenido en el Decreto Ley 128 de 1976, sin importar el monto del capital estatal presente en dichas sociedades, de manera especial, cuando tales personas cumplen funciones públicas, aunque sea de manera transitoria. Y (ii) si dicho régimen de

necesariamente deba ser aplicado sin excepción en todas las empresas de servicios públicos, sin atender al porcentaje de capital público presente en ellas.

6.2 El régimen jurídico de los servidores de las sociedades de economía mixta y de las empresas de servicios públicos.

6.2.1 El artículo 210 de la Constitución Política autoriza al legislador para establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes. Como dentro de esta categoría se incluyen tanto las sociedades de economía mixta, como las empresas de servicios públicos, debe concluirse que su régimen jurídico es el señalado en la Ley. Ahora bien, el señalamiento del tipo de vínculo que une a los trabajadores de las sociedades de economía mixta o de las empresas de servicios públicos con esta clase de entidades descentralizadas es un asunto que forma parte de la definición del régimen jurídico de las mismas, y que por lo tanto debe ser establecido por el legislador.

De otro lado, según las voces del artículo 365 superior, los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. Además, de conformidad con el mismo artículo, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, por lo cual quienquiera sea quien los preste, el legislador tiene el deber de regularlos de manera que dicha finalidad social quede garantizada. En tal virtud, como lo ha hecho ver esta Corporación, “puede establecer las condiciones y limitaciones que resulten necesarias, sean ellas relativas por ejemplo a la aplicación de “instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado”⁶¹, o el establecimiento de inhabilidades o incompatibilidades que puedan resultar necesarias para “el logro de sus fines competenciales” y “el respeto de los principios que rigen la función administrativa⁶², fijando en todo caso límites a dicha intervención”.⁶³ (Destaca la Corte). Esta facultad legislativa se ve corroborada por lo prescrito por el numeral 23 del artículo 150 superior, a cuyas voces corresponde al Congreso “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”.(Destaca la Corte)

Así pues, como primera conclusión relevante para la definición del segundo problema jurídico que plantea la presente demanda, se tiene que corresponde al legislador establecer el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta y de las empresas de servicios públicos, y que en tal virtud le compete regular la relación que se establece entre dichas entidades y las personas naturales que les prestan sus servicios, pudiendo señalar para ello un régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

De manera similar, el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 indica que salvo las excepciones constitucionales o las señaladas en esa misma ley, todas las empresas de servicios públicos se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

Así pues, como segunda conclusión relevante se tiene que, en uso de libertad de configuración legislativa, el Congreso ha establecido como regla general que tanto las sociedades de economía mixta como las empresas de servicios públicos están sujetas a un régimen de derecho privado. La razones de esta decisión legislativa tienen que ver con el

tipo de actividades industriales y comerciales que llevan a cabo las sociedades de economía mixta, y con la situación de concurrencia y competencia económica en que se cumplen tales actividades, así como también con el régimen de concurrencia con los particulares en que los servicios públicos son prestados por las empresas de servicios públicos, circunstancias estas que implican 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.

6.2.2. Ahora bien, utilizando un criterio orgánico, el artículo 123 de la Carta señala que “son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”. (Subraya la Corte) A su turno, el artículo 125 ibídem establece que “(l)os empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”. Con base en estas dos normas, la Corte ha hecho ver que la noción de “servidor público” es un género que comprende diferentes especies, cuales son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales. 64 Estos últimos, como es sabido, no se vinculan a la Administración mediante situación legal y reglamentaria, sino mediante contrato de trabajo, al contrario de lo que sucede con los empleados públicos. La jurisprudencia también ha hecho ver que la anterior clasificación emana de la Carta misma, pero que ello no obsta para que el legislador pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos diferentes de las mencionadas, para lo cual está revestido de facultades expresas en virtud de lo dispuesto por el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Política.⁶⁵ Así pues, en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 superior, debe concluirse que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las sociedades de economía mixta y los las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas.

De otro lado, la Constitución también deja en manos del legislador el establecimiento de la responsabilidad de los servidores públicos, cuando en su artículo 124 indica que “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.” Así pues, dado que según se ha examinado en las consideraciones precedentes de esta sentencia, tanto las sociedades de economía mixta como las empresas de servicios públicos son entidades descentralizadas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, se tiene que las personas que les prestan sus servicios son servidores públicos, por lo cual el legislador puede señalar para ellos un régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Sin embargo, en ejercicio de la anterior facultad, el legislador encuentra límites que devienen directamente de la Carta, como aquellos que están dados por los artículos 126 y 127 superiores, que expresamente establecen ciertas inhabilidades e incompatibilidades aplicables a todos los servidores públicos. Dichas normas rezan así:

“ARTICULO 126. Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos.

“ARTICULO 127. (Adicionado. Acto Legislativo 2 de 2004. Artículo 1°)

Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.”

6.2.3 Visto lo anterior, debe la Corte detenerse a examinar si el texto de los artículos 1° del Decreto-ley 128 de 1976 y 102 de la Ley 49 de 1998 responden a las anteriores conclusiones.

Al respecto recuerda que el Decreto-ley 128 de 1976 contiene el “estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas”. Su artículo primero dispone que tal estatuto se aplicará 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 mas de su capital social, y a los Gerentes, Directores o Presidentes de dichos organismos.

La demanda cuestiona si resulta constitucional que la aplicación del mencionado régimen sólo cobije a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de las Sociedades de Economía Mixta en las que la nación o sus entidades posean el noventa (90%) o mas de su capital social, y a los Gerentes, Directores o Presidentes de dichos organismos.

Por su parte, el artículo 102 de la Ley 489 de 1998 prescribe que “(l)os 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”

La demanda cuestiona la constitucionalidad de esta disposición en la medida que sólo somete al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 a los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de las sociedades de economía mixta en las cuales los aportes oficiales sean iguales o superiores al 90% del capital social, y a los de las empresas de servicios públicos oficiales, es decir aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

Ciertamente, el texto de las disposiciones es el siguiente, dentro del cual se subrayan los aparte parcialmente acusados:

“Decreto-ley 128 de 1976

(26 Enero)

...

“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 mas de su capital social, y a los Gerentes, Directores o Presidentes de dichos organismos.

“Las expresiones “ miembros de Juntas o Consejos”, “Gerentes o Directores” y “sector administrativo” que se utilizan en el presente Decreto se refieren a las personas y funcionarios citados en el inciso anterior y al conjunto de organismos que integran cada uno de los Ministerios y Departamentos Administrativos con las entidades que les están adscritas o vinculadas.”

“LEY 489 DE 1998

“ ...

“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”:

“ ...”

Como fácilmente puede verse, las normas transcritas dejan por fuera de la aplicación de las normas de transparencia contenidas en el Decreto 128 de 1976 a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de las sociedades de economía mixta y a los gerentes, directores o presidentes de dichas sociedades cuando en ellos no haya aportes públicos superiores al 90%, y a los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, es decir de aquellas empresas de servicios públicos que no son constituidas con capital cien por ciento público.

Sin embargo, la Corte no estima que la anterior reglamentación contravenga la Constitución. Ciertamente, como se vio, el legislador está revestido de facultades para señalar el régimen jurídico y el régimen de responsabilidad de los servidores públicos de las entidades descentralizadas, y al hacerlo bien puede introducir diferencias fundadas en el porcentaje de capital público presente en dichas entidades. El presente caso, el legislador ha señalado que si en las sociedades de economía mixta el Estado no tiene una inversión que supere el noventa por ciento (90%) del capital, es decir si tiene el ochenta y nueve por ciento (89%) o menos de tal capital, o si en las empresas de servicios públicos el capital social no es totalmente público, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los

representantes legales de estas no se aplicará a tales servidores, como tampoco a sus Gerentes, Directores o Presidentes. Esta exclusión en la aplicación del mencionado régimen, fundada en la mencionada conformación del capital de tales empresas, aunque se funda en un criterio de diferenciación que toma en cuenta un porcentaje muy alto de participación pública para determinar la aplicación del mencionado régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades, a juicio de la Corte encuentra una justificación constitucionalmente válida y resulta proporcionado. En efecto, si se tiene en cuenta que para la definición del marco constitucional de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, el Constituyente le confió al legislador el deber de establecer las condiciones que permitan asegurar la efectividad del “principio de concurrencia” en la prestación de dichos servicios, de suerte que en este cometido no sólo participe el Estado, directa o indirectamente, sino también las comunidades organizadas, o los particulares (C.P. arts. 365 y 370), se tiene que un alto el porcentaje de participación de capital público, incluso un porcentaje del cien por ciento (100%), bien puede ser utilizado como criterio para determinar la aplicación de dicho régimen, si se tiene en cuenta que de esta manera se logra cumplir un objetivo constitucionalmente importante, cual es el de lograr atraer capital privado dispuesto a desarrollar, en asocio con el Estado, proyectos que favorezcan la adecuada prestación de los servicios públicos, dentro de condiciones jurídicas que permitan a dichos entes societarios competir en el mercado en condiciones de igualdad jurídica con los empresarios enteramente particulares.

Otro tanto sucede en las sociedades de economía mixta, donde un alto porcentaje de capital público, como el que contemplan el artículo 1° del Decreto -Ley 128 de 1976 o el artículo 102 de la Ley 489 de 1998, ahora bajo examen (el 90%), resulta adecuado para el logro del referido propósito de atraer a los particulares a asociarse para el desarrollo de actividades comerciales e industriales, logrando así objetivos públicos de fomento o intervención económica políticamente definidos y considerados como de interés general.

En cualquier caso, la Corte observa que, de conformidad con lo prescrito por el artículo 50 de la Ley 489 de 1998, en el acto de creación de cada entidad el legislador debe determinar su estructura orgánica, asunto que incluye la determinación de su régimen jurídico.⁶⁶

VII. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: Declarar EXEQUIBLE la expresión “iguales o superiores al 50%”, contenida en el numeral 6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, por los cargo analizados en la presente sentencia.

Segundo: Declarar EXEQUIBLE la expresión “mayoritariamente” contenida en el numeral 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, por los cargo analizados en la presente sentencia.

Tercero: Declarar EXEQUIBLE la expresión “y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliario” contenida en el literal d) del numeral 2 del artículo 38 de la Ley 498 de 1998,

por los cargo analizados en la presente sentencia.

Cuarto: Declarar EXEQUIBLE la expresión “las empresas oficiales de servicios públicos”, contenida en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, por los cargo analizados en la presente sentencia.

Quinto: Declarar EXEQUIBLES las expresiones “en las que la nación o sus entidades posean el noventa (90%) o mas de su capital social,” contenida en el artículo 1° del Decreto-ley 128 de 1976, y “en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social” y “oficiales”, contenida en el artículo 102 de la Ley 489 de 1998, , por los cargo analizados en la presente sentencia.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

CATALINA BOTERO MERINO

Magistrada (E)

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-736 DE 2007 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN REGIMEN DE SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA-Alcance (Salvamento de voto)

Considero que una cosa es que el legislador pueda regular el régimen de las sociedades de economía mixta, de conformidad con el artículo 150-7 de la Constitución Nacional, y otra muy distinta, que el legislador pueda decidir cuáles son sociedades de economía mixta, por cuanto ello ya se encuentra definido por la propia Constitución y la jurisprudencia de la Corte, de manera que son aquellas que se encuentran conformadas por capital privado y público, no importando el porcentaje de capital público, ya que si existe capital público en cualquier proporción, existe también una sociedad de economía mixta.

REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES Y RESPONSABILIDADES EN SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Aplicación (Salvamento de voto)

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA-Distinción (Salvamento de voto)

GOBIERNO-Distinción frente al concepto de administración pública (Salvamento de voto)

Considero necesario precisar que una cosa es el gobierno, a quien compete gobernar, y otra cosa, es la administración a quien compete administrar. Se gobierna a los hombres y se administra a las cosas. Lo primero tiene una naturaleza y función política, mientras que lo segundo presenta un carácter operativo y técnico. A partir de esta diferenciación básica, es que el marxismo consideraba, que si se acababa el Estado y junto con él al gobierno, ello no equivaldría a la ausencia de administración, por cuanto podía existir administración de la cosa pública, sin existencia de gobierno y sin Estado. En nuestro sistema jurídico coinciden en un mismo órgano el gobierno y la administración, pues esta última se encuentra en cabeza del gobierno, pero ello no significa que se diluya la diferencia conceptual respecto de su naturaleza y función, por cuanto como ya se explicó son de naturaleza esencialmente diferentes. Así, el gobierno está encargado de la dirección del Estado y de la adopción de las decisiones políticas, mientras que la administración se encarga de la ejecución de las leyes, la aplicación técnica e implementación de las políticas demarcadas por las políticas del gobierno.

Referencia: expedientes D-6675 y D-6688 acumulados

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 128 de 1976, los artículos 38 numeral 2º literal d) (parcial), 68 (parcial) y 102 (parcial) de la Ley 489 de 1998, y el artículo 14 numerales 6 y 7 de la Ley 142 de 1994.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corte, me permito salvar mi voto a la decisión adoptada en la presente sentencia, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. En primer término, discrepo de los numerales primero, segundo y quinto de la parte resolutive de la presente decisión, ya que no comparto la declaratoria de exequibilidad de la expresión “iguales o superiores al 50%”, contenida en el numeral 6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, ni la declaratoria de exequibilidad de la expresión “mayoritariamente” contenida en el numeral 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, ni la declaratoria de exequibilidad de las expresiones “en las que la nación o sus entidades posean el noventa (90%) o mas de su capital social”, contenida en el artículo 1º del Decreto-ley 128 de 1976, y “en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social” y “oficiales”, contenida en el artículo 102 de la Ley 489 de 1998, por cuanto considero que dichas expresiones han debido ser declaradas inconstitucionales, ya que restringen la consideración de empresas de servicios públicos mixta o sociedades de economía mixta a aquellas que tengan un porcentaje de capital público del 50% o un capital mayoritariamente público.

En forma contraria, la jurisprudencia de la Corte ha sido clara al considerar sociedades de economía mixta a todas aquellas con participación de capital privado y público independiente del porcentaje de participación del capital público en la conformación del capital social.

Así mismo, discrepo de la declaratoria de constitucionalidad de las disposiciones relativas al tema de la aplicación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones exclusivamente a los miembros de juntas y consejos directos de sociedades de economía mixta con un capital público igual o superior al 90%, cuando debería aplicarse a todas las sociedades de economía mixta independientemente de la configuración de su capital social y el porcentaje de participación de capital público.

Igualmente, considero que las sociedades de economía mixta deben considerarse como parte de la estructura de la administración pública con todas las consecuencias jurídicas que de ello se derivan como la intervención, control y vigilancia por parte del gobierno.

2. De conformidad con lo expuesto, manifiesto mi conformidad con el proyecto original presentado por el magistrado sustanciador, en el cual se declaraban inexecutable las expresiones demandadas de los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, y del artículo 1º del Decreto-ley 128 de 1976 y del artículo 102 de la Ley 489 de 1998, por cuanto en mi concepto, los nuevos argumentos presentados en esta sentencia no son fuertes para variar dicha posición que presenta la interpretación conforme con la Constitución.

Es de reiterar que la Constitución Nacional, en sus artículos 150-7, 300-7 y 313-6 y la jurisprudencia de la Corte⁶⁷ es clara en el tema de las sociedades de economía mixta, al considerar que cualquiera sea el porcentaje del capital estatal en una entidad, constituye una sociedad de economía mixta y hace parte de la estructura del Estado y por lo tanto de la administración pública, con todas las consecuencias jurídicas que ello implica. Ahora, con la nueva tesis planteada en esta sentencia, las sociedades de economía mixta con capital

público minoritario quedan sin control y el dinero del Estado queda desprotegido, lo cual no es sólo inconstitucional sino se encuentra en franca contravía del interés público.

Así, en sentencia C-953 de 1999 se determinó que la categoría de mixta se derivaba precisamente de que el capital social se formaba por aportes del Estado y de los particulares y se insistió en que no obstante que el artículo 150 de la Carta permite que el Congreso de la República dicte el régimen jurídico con sujeción al cual habrán de funcionar los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas de economía mixta, “[e]llo no significa que so pretexto de establecer ese régimen para estas últimas se pueda establecer desconocer que cuando el capital de una empresa incluya aportes del Estado o de una de sus entidades territoriales en proporción inferior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, no alcanzan la naturaleza jurídica de sociedades comerciales o empresas de “economía mixta”, pues, se insiste, esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, ... lo cual le da una característica especial, denominada “mixta”, por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución”. Así mismo en la sentencia C-316 de 2003 la Corte resumió los elementos característicos de la sociedad de economía mixta, dentro de las que se encuentra que su capital está integrado por aportes del Estado y de particulares, en cualquier proporción.

Por tanto, es de concluir que cualquier entidad societaria en la que el Estado participe con recursos públicos para la conformación de su capital social, independientemente del monto en que lo haga, es una sociedad de economía mixta.

3. El suscrito magistrado no comparte tampoco la tesis de esta sentencia fundamentada en el argumento de la libertad configurativa del legislador, en el sentido que el legislador puede reconocer o no una entidad como de economía mixta, cuando la tesis de la Corte ha sido que necesariamente son sociedades de economía mixta aquellas sociedades en donde exista capital estatal, no importando el porcentaje de este último. De esta forma, considero que una cosa es que el legislador pueda regular el régimen de las sociedades de economía mixta, de conformidad con el artículo 150-7 de la Constitución Nacional, y otra muy distinta, que el legislador pueda decidir cuáles son sociedades de economía mixta, por cuanto ello ya se encuentra definido por la propia Constitución y la jurisprudencia de la Corte, de manera que son aquellas que se encuentran conformadas por capital privado y público, no importando el porcentaje de capital público, ya que si existe capital público en cualquier proporción, existe también una sociedad de economía mixta.

De otra parte, la tesis de esta sentencia es que el legislador es quien puede o no incluir a las sociedades de economía mixta como parte de la administración pública. La tesis del suscrito magistrado, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte, es que es la propia Constitución la que incluye a las sociedades de economía mixta como parte de la estructura de la administración pública, y ello independientemente de la participación de capital estatal en la conformación del capital social de dichas sociedades, pues es suficiente que haya participación de dineros públicos para que tengan que ser consideradas también sociedades de economía mixta.

Por consiguiente, considero que la presente sentencia parte de una premisa equivocada, esto

es, la tesis de que el legislador puede decidir cuál es sociedad de economía mixta independientemente del capital de origen, mientras que por el contrario es la propia Constitución la que ordena que se entienda por sociedades de economía mixta a todas las empresas o entidades con participación de capital público independientemente de su monto o porcentaje del capital social.

4. En este orden de ideas, considero que lo único que diferencia las empresas industriales y comerciales de las sociedades de economía mixta es el origen de capital, puesto que en todo lo demás son iguales, por cuanto se rigen por normas de derecho privado, pero en cuanto las sociedades de economía mixta poseen capital público, en cualquier porcentaje, se encuentran sujetas al control y vigilancia y la intervención del Estado.

De este modo, así como se puede intervenir lo ajeno, la propiedad privada, con mayor razón el Estado está en todo su derecho de intervenir, controlar, vigilar y fiscalizar lo propio. Esto hace parte de la definición de Estado Social de Derecho, que puede intervenir en la sociedades de economía mixta.

Por estas razones, discrepo de la tesis de que el legislador puede definir cuando haya capital público o cuando éste sea minoritario, si son o no sociedades de economía mixta, y si hacen parte o no de la administración pública, sino que considero que es claro que todas las entidades en las cuales exista participación de capital privado y público, independientemente del porcentaje de este último en el capital social, deben considerarse, conforme a la Constitución y a la jurisprudencia constitucional como sociedades de economía mixta.

Definida la premisa anterior sobre la naturaleza de las sociedades de economía mixta, es necesario concluir también que éstas, independientemente de la participación del capital público, hacen parte de la administración pública, de conformidad con los artículos 150-7, 300-7 y 313-6 y están sometidas a un control fiscal -art.267 CN- y control político -art.208 CP-.

4. En relación con el estudio de los conceptos de gobierno y administración que se realiza en la parte motiva y considerativa de la presente sentencia, disiento de la equivalencia que se propone respecto de dichos conceptos, ya que considero que desde el punto de vista analítico y jurídico el concepto y la definición de gobierno y de administración pública difieren en cuanto presentan una naturaleza y unas funciones distintas.

En consecuencia, considero necesario precisar que una cosa es el gobierno, a quien compete gobernar, y otra cosa, es la administración a quien compete administrar. Se gobierna a los hombres y se administra a las cosas. Lo primero tiene una naturaleza y función política, mientras que lo segundo presenta un carácter operativo y técnico. A partir de esta diferenciación básica, es que el marxismo consideraba, que si se acababa el Estado y junto con él al gobierno, ello no equivaldría a la ausencia de administración, por cuanto podía existir administración de la cosa pública, sin existencia de gobierno y sin Estado.

En nuestro sistema jurídico coinciden en un mismo órgano el gobierno y la administración, pues esta última se encuentra en cabeza del gobierno, pero ello no significa que se diluya la diferencia conceptual respecto de su naturaleza y función, por cuanto como ya se explicó son de naturaleza esencialmente diferentes. Así, el gobierno está encargado de la dirección del

Estado y de la adopción de las decisiones políticas, mientras que la administración se encarga de la ejecución de las leyes, la aplicación técnica e implementación de las políticas demarcadas por las políticas del gobierno.

Es precisamente a partir de esta divergencia de conceptos que surge la diferenciación entre políticos y técnicos y la discrepancia entre aquellos que consideran como mejor opción un gobierno de políticos y aquellos que argumentan en favor de un gobierno de técnicos. A este respecto, Norberto Bobbio⁶⁸ critica el ideal platónico del gobierno de los sabios, por cuanto considera que el ciudadano común y corriente se encuentra también capacitado para gobernar y tomar las decisiones políticas que se requieren en aras del interés común, y que no se necesita de una especial genialidad para saber lo que más le conviene e interesa a las mayorías en una democracia, esto es, educación, salud, trabajo, redistribución justa de la riqueza, etc. Así mismo Alf Ross⁶⁹ en “por qué democracia” analiza este problema referente a las diferencias entre el gobierno de los políticos y el gobierno de los técnicos, los cuales deben dedicarse mejor a administrar que a gobernar.

Por estas razones, me aparto de la equivalencia propuesta entre el concepto de gobierno y el concepto de administración pública, equivalencia que desconoce la diferencia conceptual y jurídica entre los mismos.

Con fundamento en las razones expuestas, me aparto de la nueva posición jurídica sostenida en esta sentencia y salvo mi voto a la presente decisión.

Fecha ut supra.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 C.P. ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

2 C.P. ARTICULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

3 C.P. ARTÍCULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

4 Esta disposición legal es del siguiente tenor:

“Ley 489 de 1998. Artículo 113. Inhabilidades e incompatibilidades. Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida.

Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado.”

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

...

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

C.P. ARTICULO 300. Modificado. Acto Legislativo 01 de 1996

Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:

...

7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.

C.P. ARTICULO 313. Corresponde a los concejos:

...

6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

6 Esta sentencia habría sido reiterada por la misma Sala del consejo de Estado, dice la

demanda, en los pronunciamientos de 27 de abril de 2006 y de 2 de agosto del mismo año.

8 Cf. Sentencia C-866 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

9 El concepto de descentralización encuentra su primer soporte constitucional en el artículo 1° de la Constitución Política, que indica que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada...”

10 Sentencia C-216 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

11 *Ibíd.*

12 Cf. Constitución Nacional de 1886 artículos 76 numeral 10 y 120 numeral 5° y Decretos leyes 1050 y 3130 de 1968

13 Cf. Decreto 130 de 1976

14 Sentencia C-629 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Gálvis

15 Sentencia C-953 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

16 Sentencia C-629 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

17 *Ibíd.*

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

7. Determinar la estructura de la administración nacional y ... crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.

ARTICULO 300. Modificado. Acto Legislativo 01 de 1996

Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:

7. Determinar la estructura de la Administración Departamental... y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.

ARTICULO 313. Corresponde a los concejos:

6. Determinar la estructura de la administración municipal... y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

19 Ciertamente, el último inciso de dicha norma superior reza así: “Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva.”

20 ARTICULO 354. Habrá un Contador General, funcionario de la rama ejecutiva, quien

llevará la contabilidad general de la Nación y consolidará ésta con la de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan, excepto la referente a la ejecución del Presupuesto, cuya competencia se atribuye a la Contraloría.

21 Sobre la pertenencia de la Vicepresidencia a la Rama Ejecutiva del poder público puede consultarse la Sentencia C-727 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

22 ARTICULO 354. Habrá un Contador General, funcionario de la rama ejecutiva, quien llevará la contabilidad general de la Nación y consolidará ésta con la de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan, excepto la referente a la ejecución del Presupuesto, cuya competencia se atribuye a la Contraloría.

23 Cf. Sentencia C-720 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

24 Sentencia C-078 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

25 CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ARTICULO 267. “El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.”

Sobre el control fiscal en entidades de naturaleza mixta, esta Corporación ha explicado dicho control fiscal tiene por objeto la protección del patrimonio de la Nación, “y por lo tanto recae sobre una entidad, bien pública, privada o mixta, cuando ella recaude, administre o invierta fondos públicos a fin de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política. Por ello, el elemento que permite establecer si una entidad o un organismo de carácter privado se encuentra sometido al control fiscal de las contralorías, lo constituye el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación, según así quedó determinado por el constituyente quién quiso que “...ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia la Constitución vigente crea los organismos de control independientes para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares”.(Sentencia C-290 de 2002)

26 El texto de este inciso es el siguiente: “Las cámaras pueden requerir la asistencia de los ministros. Las comisiones permanentes, además, la de los viceministros, los directores de departamentos administrativos, el Gerente del Banco de la República, los presidentes,

directores o gerentes de las entidades descentralizadas del orden nacional y la de otros funcionarios de la rama ejecutiva del poder público.”

Sobre el alcance de este tipo de control político puede verse la Sentencia C-198 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

27 El artículo 180-3, prescribe que los congresistas no podrán “ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel...”.

28 El artículo 292, en relación con las entidades del orden departamental y municipal, dispone que “los diputados y concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio”.

29 El artículo 323 sobre el régimen especial del Distrito Capital (último inciso) prescribe que los concejales y los ediles (que son los miembros de las juntas administradoras locales) no podrán hacer parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas”:

30 De conformidad con el artículo 352 “además de lo señalado en esta Constitución, la ley orgánica del presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar”

31 Según lo dispone artículo 354 “habrá un contador general, funcionario de la rama ejecutiva, quien llevará la contabilidad general de la nación y consolidará ésta con la de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan, excepto la referente a la ejecución del presupuesto, cuya competencia se atribuye a la Contraloría. Corresponden al contador general las funciones de uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública, elaborar el balance general y determinar las normas contables que deben regir en el país, conforme a la ley”.

32 Sentencia C-529 de 2006, m.P. Jaime Córdoba Triviño

33 Sobre este tema pueden consultarse entre otra, la siguiente doctrina nacional: RODRÍGUEZ R LIBARDO. “Estructura del poder público en Colombia”. Editorial Temis, Bogotá 2004. Pág. 29.

34 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

35 El texto de esta norma es el siguiente, dentro del cual se subraya y resalta el inciso declarado inexecutable mediante la sentencia C-953 de 1999 :

Artículo 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.

Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado.

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.

36 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

37 Algún sector de la doctrina hace ver que sin este elemento y sin la intervención en la administración de la sociedad no es posible hablar de la existencia de una sociedad de economía mixta, por lo cual la sola propiedad pública de acciones de una sociedad, o la simple inversión de capitales por parte del Estado en una compañía mercantil no determina que la misma sea “de economía mixta”, siendo necesario que una o varias personas pública concurren en la formación de la sociedad y en la administración de la misma. Ver: GASPAR CABALLERO SIERRA, en “Las entidades descentralizadas en el derecho administrativo, Bogotá Edit. Temis, 1972. Citado por LIBARDO RODRÍGUEZ en “la estructura del poder público en Colombia”, Edit. Temis, Bogotá 2004. Pág. 109.

38 Sentencia C-741 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

39 Ley 142 de 1994, Artículos 17 y 18.

40 Estas empresas podrán dedicarse a uno o varios de los servicios a que se refiere la Ley 142 de 1994, pero las comisiones de regulación pueden exigir que la dedicación sea exclusivamente a un servicio, cuando “la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario”. (Artículo 18, inciso 2, Ley 142 de 1994).

41 Ley 142 de 1994, Artículo 19.1.

42 Ley 142 de 1994, Artículo 18, inciso 3.

43 Ley 142 de 1994 Artículo 19.3.

44 Ley 142 de 1994, Artículo 19.15 y Código del Comercio, Artículo 375. Cada acción conferirá a su propietario los derechos de participación en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas, a recibir parte proporcional de los beneficios sociales establecidos en la ley o en los estatutos, negociar libremente las acciones, inspeccionar libremente los libros y papeles sociales dentro de los 15 días hábiles siguientes a las reuniones de asamblea, a recibir una parte proporcional de los activos sociales al tiempo de la liquidación, una vez pagado el pasivo social. (Artículo 379, Código del Comercio).

45 Ley 142 de 1994, Artículo 19.9.

47 La Ley 142 de 1994 señala además que los aportes en especie son posibles (Artículo 19.7.), y para su aceptación, no se requiere aprobación de autoridad administrativa, sino que puede hacerse por la asamblea preliminar de accionistas fundadores con el voto de las dos terceras partes de los socios o por la Junta Directiva. Los avalúos estarán sujetos a control posterior de la autoridad competente.

48 Ley 142 de 1994, Artículo 19.5. Según el Artículo 19.4., los aumentos del capital autorizado podrán disponerse por decisión de la Junta Directiva, cuando se trate de hacer nuevas inversiones en la infraestructura de los servicios públicos de su objeto, y hasta por el valor que aquellas tengan. “La empresa podrá ofrecer, sin sujeción a las reglas de oferta pública de valores ni a las previstas en los artículos 851, 853, 855, 856 y 858 del Código de Comercio, las nuevas acciones a los usuarios que vayan a ser beneficiarios de las inversiones, quienes en caso de que las adquieran, las pagarán en los plazos que la empresa establezca, simultáneamente con las facturas del servicio.”

49 Ley 142 de 1994, Artículo 19.6. En todo caso, la empresa deberá informar en sus estados financieros qué parte de su capital ha sido pagado y cuál no.

50 Ley 142 de 1994, Artículo 19.8. Quienes se aprovechen de la ausencia de registro para realizar acto alguno de disposición o gravamen respecto de los bienes o derechos que sobre bienes que tenga la empresa, en perjuicio de ella, cometen delito de estafa, y el acto respectivo será absolutamente nulo.

51 Ley 142 de 1994, Artículo 19.17.

52 Ley 142 de 1994, Artículo 19.10.

53 Ley 142 de 1994, Artículo 23.

54 Ley 142 de 1994, Artículo 19.11.

55 Ley 142 de 1994, Artículo 19.12.

56 Ley 142 de 1994, Artículo 19.13.

57 Sentencia C-741 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

58 Sentencia C-953 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

59 Se alude a las divergencias interpretativas que se evidencian de la lectura, entre otras, de las siguientes sentencias: (i) Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2006, expediente 29.703. (ii) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de agosto de 2006, radicación AG-250002325000200401348 01; (iii) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de abril de 2006, radicación 30.096. (iv) Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de treinta y uno (31) de enero de dos mil siete. Rad. No. 11001-03-06-000-2007-00002-00 (v) Corte Constitucional, Sentencia T-1212 de 2004; (vi)

Corte Constitucional, Auto N° 113 de marzo de 2006

60 Esta última expresión es la que ha sido demandada de inconstitucional dentro del presente proceso.

61 Ver Sentencia C- 616/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil

62 Ver sentencia C-815/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil

63 Sentencia C-037 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

64 Sentencia C-299 de 1994. M.P Antonio Barrera Carbonell.

65 Cf. Ibídem

66 Artículo 50. Contenido de los actos de creación. La ley que disponga la creación de un organismo o entidad administrativa deberá determinar sus objetivos y estructura orgánica, así mismo determinará el soporte presupuestal de conformidad con los lineamientos fiscales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La estructura orgánica de un organismo o entidad administrativa comprende la determinación de los siguientes aspectos:

1. La denominación.
2. La naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico.
3. La sede.
4. La integración de su patrimonio.
5. El señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y
6. El Ministerio o el Departamento Administrativo al cual estarán adscritos o vinculados.

Parágrafo. Las superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales estarán adscritos a los ministerios o departamentos administrativos; las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta estarán vinculadas a aquellos; los demás organismos y entidades estarán adscritos o vinculados, según lo determine su acto de creación.

67 Ver sentencia C-953 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; sentencia C-290 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; sentencia C-629 de 2003

68 Ver Bobbio, Norberto, Liberalismo y Democracia, Fondo de Cultura Económica, 1993.

69 Alf, Ross, Por qué democracia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989.