Sentencia C-910/07

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos/PRINCIPIO PRO ACTIONE-Aplicación

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD-Reiteración de jurisprudencia

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

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

DESCENTRALIZACION POR SERVICIOS-Concepto

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Características

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 lo 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 de control "de tutela"

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" por parte de las entidades a las que se vinculan.

Referencia: expediente D-6784

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 numeral 2, literal f, (parcial) de la Ley 489 de 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"

Actor: Benigna Ramos Guillén.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre 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, Mauricio González Cuervo 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, la ciudadana Benigna Ramos Guillen demandó la inexequibilidad del artículo 38 numeral 2 literal f) de la Ley 489 de 1998 (parcial).

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la disposición impugnada, subrayando el texto acusado:

“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;

b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;

c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

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.”

III. LA DEMANDA

La demandante considera que la norma acusada viola el artículo 115 de la Constitución Política , por las siguientes razones:

A su parecer, en el artículo 115 de la Carta el constituyente estableció qué órganos conforman Rama Ejecutiva del poder público, sin incluir a las sociedades de economía mixta; por lo tanto, cuando en la norma acusada el legislador incluye a este tipo de entidades como parte de tal Rama del poder, excede el mandato constitucional. De esta manera, el artículo 38 de Ley 489 de 1998 da al artículo 115 superior un alcance no establecido por el constituyente.

Agrega que conforme a lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 150 de la Carta, el Congreso tiene amplias facultades para determinar la estructura de la Administración nacional; sin embargo, tales prerrogativas no pueden ejercerse desconociendo el artículo 115 de la Constitución, que establece la estructura de la Rama ejecutiva del poder publico, sin incluir a las sociedades de economía mixta. Añade que la legislación anterior a la Ley 489 de 1998 tampoco incluía las sociedades de economía mixta dentro de la Rama Ejecutiva, pues el Decreto 1050 de 1968, al describir cómo estaba integrada esa Rama, sólo mencionaba a la Presidencia, los ministerios y departamentos administrativos, las superintendencias y los establecimientos públicos.

Finalmente, la demanda señala que el artículo 115 superior tiene un alcance restrictivo, lo que impide cualquier clase de interpretación extensiva o de adición. Pues de haber sido otra la intención del constituyente, habría otorgado al legislador la facultad de determinar cuáles son los órganos e instituciones que integran la Rama Ejecutiva del poder público.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio del Interior y de Justicia

Dentro de la oportunidad legal prevista, intervino dentro del proceso el ciudadano Fernando Gómez Mejía, actuando en representación del Ministerio de la referencia. A su juicio, la norma acusada debe ser declarada exequible por las siguientes razones:

Inicialmente la intervención afirma que la estructura del Estado colombiano se rige por los principios de descentralización, centralización la desconcentración. Posteriormente explica que el artículo 113 superior indica que son tres las ramas del poder publico: legislativa, ejecutiva y judicial. En cuanto a la Rama Ejecutiva, el interviniente cita al profesor Libardo Rodríguez, para quien "Del artículo 115 y titulo VII de la Constitución, así como de algunas

normas legales sobre la materia, resulta que al rama ejecutiva está conformada por el presidente de la república, el vicepresidente, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y, con algunas precisiones, las sociedades de economía mixta."

Agrega que el artículo 115 identifica los principales órganos que conforman la Rama Ejecutiva, pero no de manera taxativa, porque el numeral 7 del artículo 150, al referirse a la facultad del Congreso para determinar la estructura de la Administración nacional, además de identificar nuevamente estos órganos, se refiere a otras entidades del orden nacional. En sustento de esta posición indica que el tratadista Jaime Vidal Perdomo afirma que, pese a que pareciera que la lista del artículo 115 es restrictiva, ello no es así pues, entre otros ejemplos, el artículo 354 de la Carta Política define que el Contador General es un funcionario de la Rama Ejecutiva.

Finalmente, la intervención aduce que por ser las sociedades de economía mixta entidades descentralizadas, debe entenderse que hacen parte, aun con régimen propio y especial grado de autonomía, del concepto amplio de Rama Ejecutiva.

2. Departamento Administrativo de la Función Pública

El doctor Camilo Escovar Plata, en representación del Departamento de la referencia, intervino en el proceso para manifestar que, a su juicio, la norma acusada es exequible. Para llegar a esa conclusión, en resumen, dijo lo siguiente:

En primer lugar, manifestó que la argumentación de la demanda no cumple con los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia, que exigen que los cargos sean claros, específicos, ciertos, pertinentes y suficientes, a fin de que la censura pueda ser estudiada y resuelta de fondo; en consecuencia, en este caso la demanda debe ser considerada inepta y por lo tanto debe llevar a un fallo inhibitorio.

En segundo lugar, indicó que los "cargos" de la demanda parten de una imprecisión, cual es sostener que la integración de la Rama ejecutiva se limita a lo enunciado en el artículo 115 de la Carta, desconociendo el canon 150 ibídem, según el cual le corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas determinar al estructura de la Administración nacional,

así como crear o autorizar al constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

Por último, indicó que el artículo 115 no contiene de manera taxativa las entidades que forman parte de la Rama ejecutiva, sino que es meramente enunciativo. De manera particular, el inciso 2° de dicho artículo 115 determina qué autoridades del sector central conforman el Gobierno nacional, sin que la omisión de señalar otros organismos, como la vicepresidencia, signifique que no hacen parte del sector central nacional de la Rama Ejecutiva del Poder Publico.

3. Intervención Academia Colombiana de Jurisprudencia

El doctor Juan Carlos Esguerra, por encargo de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, intervino en el proceso para manifestar que la norma acusada es exequible. Para llegar a esa conclusión sostuvo lo siguiente:

El interviniente comenzó precisando que el artículo 115 superior hace parte del Capítulo 1, Titulo V de la Carta, el cual traza las bases fundamentales de la organización del Estado. Este tema es desarrollado por los artículos 114 y 116, que definen orgánica y funcionalmente las ramas Legislativa y Judicial, respectivamente. Por su parte, el artículo 115 se refiere a la Rama Ejecutiva y señala que la cabeza de la misma es el Presidente de la República, que el órgano que la encarna o institucionaliza es el Gobierno, establece quiénes forman el Gobierno, en qué casos lo conforma sólo el presidente, cómo se constituye en cada negocio en particular, e indica expresamente que las gobernaciones, alcaldías, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado también forman dicha Rama.

Agrega la intervención que pese a que aparentemente el artículo 115 precisa taxativamente el conjunto orgánico de la Rama Ejecutiva, éste no es el verdadero sentido de la norma, por cuanto es evidente que en ella no aparecen entidades que por definición hacen parte de dicha Rama ejecutiva, tales como Vicepresidencia, las asambleas departamentales y los concejos municipales. El propósito central de la norma, apreciada en conjunto, es: i) afirmar el presidencialismo, ii) señalar que el Gobierno es el órgano principal de la Rama Ejecutiva, y iii) afirmar que aunque todos los órganos del Gobierno hacen parte de la Rama Ejecutiva, no todos lo órganos de la Rama Ejecutiva hacen parte del Gobierno. Esto último, porque no se

debe confundir a la Administración con su cabeza -gobierno-, pues la primera sólo tiene responsabilidades administrativas, mientras el segundo tiene responsabilidades políticas y administrativas.

Finalmente, expresa la intervención que, analizados en conjunto los artículos 115 y 150 numeral 7 de la Carta, se concluye que la facultad que tiene el Congreso para determinar la estructura de la Administración nacional implica que el enunciado del artículo115 no puede ser taxativo, y que las sociedades de economía mixta están contempladas expresamente en la parte final del numeral 7 del artículo 150 de la Carta como entidades del orden nacional.

4. Intervención Universidad del Rosario

El doctor Alejandro Venegas Franco, decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, intervino oportunamente en el proceso para justificar la constitucionalidad de la norma acusada. Para llegar a esa conclusión, dijo lo siguiente:

Respecto de los fundamentos constitucionales de la estructura de la Rama Ejecutiva del poder público, el interviniente manifiesta que el ánimo del constituyente no fue enlistar las entidades que tienen la vocación de pertenecer a dicha Rama, pues de haber querido sujetar al legislativo a un grupo restringido de entidades integrantes de la misma, no lo habría facultado para crear entidades del orden nacional. En consecuencia, el artículo 115 es meramente enunciativo y de la interpretación sistemática de la Constitución se concluye que el Congreso no está supeditado a dicha lista.

En cualquier caso, señala la intervención que el cargo esgrimido contra el artículo 38 numeral 2, literal f (parcial) carece de una fundamentación adecuada, pues sólo se limita a afirmar que el legislador está sujeto al artículo 115, sin esgrimir argumentos que soporten dicha afirmación.

No obstante, indica que la restricción que pretende el actor para la conformación de la Rama Ejecutiva sólo es coherente con una noción de "Estado gendarme", cuya función es meramente reguladora y vigilante, y no atiende servicios sociales; mientras que el Estado Social de Derecho que nos caracteriza determina que la Rama ejecutiva no esté agotada en la lista del artículo 115.

Respecto del fundamento constitucional de las sociedades de economía mixta, la intervención argumenta que del contenido del artículo 150 numeral 7 de la Carta se deduce que el legislador tiene competencia para crear sociedades de economía mixta y así modificar la estructura de la Administración nacional. A juicio del interviniente, esto tiene fundamento en el principio del Estado social de Derecho, cuya estructura y organización administrativa se orienta hacia la descentralización, desconcentración y delegación, por lo que resultaría inadmisible que el legislador no pudiese modificar libremente la estructura de la Rama ejecutiva, de acuerdo a las necesidades sobrevivientes, y el principio de eficacia de la función administrativa.1 Esta facultad del legislador es una manifestación de la intervención del Estado en la economía.

Finalmente, la Universidad del Rosario destaca que el artículo 210 de la Carta establece que las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional deben ser creadas por la ley o con su autorización, disposición que en armonía con lo prescrito por el artículo 150 faculta al legislador para fijar el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta; mientras que para el nivel central, el inciso 2° del artículo 154 dispone que, para que el legislador pueda modificar la estructura de la organización administrativa en dicho nivel central, la iniciativa legislativa debe ser gubernamental.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Dentro del término procesal establecido, el señor Procurador General de la Nación, doctor Edgardo José Maya Villazón, emitió el concepto de su competencia solicitando a la Corte se declare la exequibilidad de la norma acusada, conforme a las siguientes razones:

En primer lugar, afirmó que la estructura del Estado y la integración y alcance de las ramas y órganos que la conforman se desarrolla a lo largo de toda la Constitución. En cuanto al artículo 115, éste "reafirma que Colombia es un Estado políticamente centralizado y una República Unitaria, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1 de la Constitución Política, y que la dirección de la rama ejecutiva está en cabeza de los funcionarios allí señalados. Por lo que, el alcance del contenido de la norma constitucional, invocada por el demandante, constituye un postulado para darle significación al concepto de gobierno nacional y a su vez, es la manifestación que el presidente de la república es la superior instancia de dirección política y administrativa de la rama ejecutiva, y como suprema autoridad administrativa, los demás

órganos estatales de carácter administrativo están sujetos a sus órdenes y directrices, dentro de los limites de la autonomía conferida por la Constitución Política y la ley".

Ahora bien, el Capítulo I del titulo V, artículos 113 a 121 de la Carta, establecen los lineamientos generales de la organización y estructura del Estado y definen las ramas que conforman el poder público así como los órganos autónomos e independientes del mismo, mas no agotan las definiciones de las estructuras estatales.

El artículo 115 no es taxativo, porque en la Constitución Política existen dependencias estatales de la Rama ejecutiva no incluidas en dicha norma2; además, siguiendo criterios de interpretación armónica y sistemática se encuentra que la Carta autoriza al legislador para que incluya entidades distintas a las que la Constitución consagró como integrantes de la misma.

Finalmente, la vista fiscal señala que necesariamente, de acuerdo al diseño constitucional que fija las pautas de la organización estatal, las sociedades de economía mixta deben estar adscritas a la Rama ejecutiva. Y agrega que no es de recibo el argumento según la cual las leyes anteriores que regulaban la estructura de la Administración Nacional no contemplaba a las sociedades de economía mixta dentro de la Rama Ejecutiva, por cuanto las normas de rango inferior a la Constitución no puede ser objeto de control constitucional.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Por dirigirse la demanda contra una norma que forma parte de una ley de la República, al tenor de lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 241 de la Carta, corresponde a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad.

2. El problema jurídico que plantea la demanda

2.1 Según se expuso en el acápite de Antecedentes de la presente Sentencia, la demanda sostiene que cuando en el literal f) del numeral 2° del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 se incluyen a las sociedades de economía mixta dentro de los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del poder público, se contradice lo dispuesto por la Constitución Política en su artículo 115, pues en esta norma superior se señalan los organismos que conforman dicha

Rama, sin mencionar a las citadas sociedades. Agrega que, aunque el numeral 7° del artículo 150 superior autoriza la legislador para determinar la estructura de la Administración nacional, dichas prerrogativas no pueden ser ejercidas desconociendo el tenor literal del mencionado artículo 115 de la Constitución, que establece la estructura de la Rama ejecutiva del poder publico sin incluir a las sociedades de economía mixta.

La intervenciones y el concepto del señor procurador, contradiciendo lo afirmado por el demandante, unánimemente sostienen que la enumeración de entidades contenida en el artículo 115 superior no puede en forma alguna estimarse como taxativa o cerrada, pues otros organismos del Estado, sobre cuya pertenencia a la Rama Ejecutiva no existe duda, tampoco están mencionados en dicha norma de la Constitución. El concepto fiscal agrega que una interpretación armónica y sistemática de la Carta impide entender el artículo 115 en el sentido restrictivo en el que lo hace la demanda.

Así mismo, las intervenciones se orientan a señalar que, al otorgar facultades al Congreso para determinar la "estructura de la Administración", el numeral 7° del artículo 150 de la Carta, además de mencionar los órganos a que se refiere el artículo 115 constitucional, incluye otras entidades del orden nacional. Agregan que si la enumeración del 115 fuera taxativa, no tendría sentido que la Constitución hubiera facultado al legislador para crear "otras entidades" del orden nacional. Como puede verse, este argumento parte de la base de una identidad entre los conceptos de Administración Pública en el nivel nacional, y Rama Ejecutiva del Poder Público.

Uno de los intervinientes destaca que el verdadero sentido del artículo 115 de la Constitución no es el de enumerar taxativamente los órganos que componen la Rama Ejecutiva del poder público, sino el de delimitar los conceptos de Gobierno y de Rama Ejecutiva; pues, a su parecer, es claro que el Gobierno es el órgano principal o cabeza de la Rama Ejecutiva, y que aunque todos los órganos del Gobierno hacen parte de la Rama Ejecutiva, no todos lo órganos de la Rama Ejecutiva hacen parte del Gobierno.3

Otra de las intervenciones destaca que en un Estado social de Derecho, como el adoptado por nuestra Carta Política, orientado hacia la descentralización, desconcentración y delegación, y hacia la efectiva prestación de los servicios sociales, resulta inconcebible que el legislador no pueda modificar libremente la estructura de la Rama ejecutiva, de acuerdo a

las necesidades sobrevivientes, y el principio de eficacia de la función administrativa.4

2.2 Así las cosas, corresponde que la Corte defina si el sentido del artículo 115 de la Constitución Política es el de hacer la enumeración taxativa de los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del poder público, o si una interpretación armónica y sistemática de la Carta, especialmente de aquellas disposiciones que se refieren a las facultades legislativas de determinar la "estructura de la Administración", permiten entender que otras entidades que menciona la Constitución, u otras que llegue a crear o a autorizar el legislador, igualmente pueden considerarse como orgánicamente pertenecientes a dicha Rama. Para los anteriores efectos, estima la Corte que es necesario establecer si los conceptos constitucionales de "Rama Ejecutiva" y Administración Pública Nacional" pueden ser considerados como sinónimos.

2.3. No obstante, antes de emprender el anterior estudio, debe la Corte examinar si, como lo dicen algunas de las intervenciones, los cargos de la demanda y las razones de violación constitucional expuestas en ella son sustancialmente aptas para propiciar el examen de constitucionalidad que se solicita.

3. Cuestión Previa. La aptitud sustancial de la presente demanda.

Algunas de las intervenciones postulan que los cargos de la demanda no son claros, específicos, ciertos, pertinentes y suficientes, por lo cual la demanda no puede ser estudiada y resuelta de fondo.

3.1 Al respecto, la Corte recuerda que en relación con el requisito de las demandas de inconstitucionalidad de expresar las razones por las cuales los textos constitucionales se estiman violados, esta Corporación ha explicado que ello "supone la exposición de las razones por las cuales el actor considera que el contenido de una norma constitucional resulta vulnerado por las disposiciones que son objeto de la demanda." 5 Lo anterior implica que al ciudadano le corresponde hacer "la exposición del contenido normativo de las disposiciones constitucionales que riñe con las normas demandadas, es decir, manifestar qué elementos materiales del texto constitucional son relevantes y resultan vulnerados por las disposiciones legales que se impugnan. No basta, pues, con que el demandante se limite a transcribir la norma constitucional o a recordar su contenido".6

3.2. Recordado lo anterior, la Corte debe decir que en el momento de admitir la presente demanda el magistrado sustanciador hizo un examen del cargo de inconstitucionalidad que aquí se propone en contra del literal f) de numeral 2 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, encontrando que era sustancialmente apto para propiciar un proceso de constitucionalidad que llegara a culminar con una decisión de fondo.

Ciertamente, aunque en forma escueta, la demanda de la ciudadana Benigna Ramos Guillen cumple con la carga de exponer las razones por las cuales estima que la norma acusada vulnera de manera concreta y exclusiva el artículo 115 de la Constitución. Al respecto, afirma que dicha norma superior enumera los órganos que conforman la Rama Ejecutiva del poder público y que dentro de ellos no menciona a las sociedades de economía mixta. Por esa razón, considera que en forma inconstitucional la norma acusada "añade" algo al artículo 115 superior, al incluir a las sociedades de economía mixta dentro del catálogo de organismos que conforman la Rama Ejecutiva.

A juicio de la Corte, la anterior razón de violación prima facie ilustra una posible contradicción entre el contenido de una norma constitucional y una legal, cumpliendo al menos mínimamente con los requisitos de claridad, especificidad, suficiencia, pertinencia, claridad y certeza exigidos por la jurisprudencia de esta Corporación para establecer la aptitud sustancial de una demanda.

Ahora bien, el asunto relativo a si el artículo 115 superior puede ser entendido en la forma en que lo hace la ciudadana demandante, o si caben otras posibles interpretaciones que excluyan la conclusión de inexequibilidad a la que ella llega, son justamente el objeto de juicio de inconstitucionalidad que en este proceso se propicia.

Recuérdese que, a fin de asegurar el derecho político de participación en el control del poder político mediante el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad de las leyes, en la apreciación del cumplimiento de los requisitos que determinan la aptitud de una demanda de inconstitucionalidad debe aplicarse el principio pro actione, conforme al cual "el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo."14

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte descarta la posición de lagunas de las intervenciones ciudadanas, conforme a la cual en el presente caso la demanda es inepta y debe conducir a un fallo inhibitorio.

3. La pertenencia de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva del poder público. Reiteración de Jurisprudencia.

3.1 Con ocasión de la demanda incoada en contra del literal d) parcial, del numeral 2° del artículo 38 de la Ley 489 de 199815, y del artículo 68 parcial de la misma Ley, en la reciente Sentencia C-736/0716 esta Corporación tuvo la oportunidad de estudiar el mismo problema jurídico que se propone dentro del presente proceso. En efecto, en aquella oportunidad las normas demandadas pertenecientes a la Ley 489 de 1998 eran 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:

"…

"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.

“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.

…

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

“Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

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

“Parágrafo 1°. De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

“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."

3.2 Dentro de los problemas jurídicos que en aquella ocasión planteaba la demanda, la Corte estimó que debía referirse al asunto de la pertenencia de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva del poder público. Para esos efectos examinó de manera concreta el alcance del artículo 115 superior, interpretándolo no sólo de manera literal o exegética, sino también sistemática o armónica con otras normas superiores implicadas en el asunto, llegando a concluir que la enumeración contenida en el artículo 115 de la Constitución no era taxativa, de donde se deducía que otros órganos distintos de los allí mencionados podían conformar la Rama Ejecutiva. Adicionalmente, la Sentencia aclaró que los conceptos de Rama Ejecutiva Nacional y Administración Pública Central podían considerarse como sinónimos, pero que excluían a las otras ramas del poder y a los órganos constitucionalmente autónomos, por lo cual "no habría inconveniente constitucional para considerar que las sociedades de economía mixta, como todas las demás entidades descentralizadas por servicios, ... se "vinculan" a la Rama Ejecutiva del poder público, es decir a la Administración Central."

Sobre el particular se expusieron las siguientes consideraciones que ahora vale la pena reiterar, para lo cual se transcriben in extenso:

"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.17 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.18 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.

"En efecto, diversos criterios de interpretación constitucional indican que resulta imposible entender que el listado contenido en el artículo 115 sea taxativo, es decir excluyente de otras entidades. En efecto, conforme a un criterio sistemático o de interpretación armónica, observa la Corte que otra norma superior se refiere a un organismo no enumerado en el artículo 115, considerándolo como parte de la Rama Ejecutiva: se trata del artículo 354 de la Carta, según el cual el Contador General de la Nación es un funcionario de la Rama Ejecutiva del poder público19; así pues, con este señalamiento la misma Constitución indica que el listado del artículo 115 no es taxativo; de otro lado, existen ciertos órganos constitucionales, cuya pertenencia a la Rama Ejecutiva ha sido reconocida por la misma jurisprudencia de esta Corporación, particularmente la Vicepresidencia de la República, que tampoco forman parte del listado del artículo 11520. Adicionalmente, siguiendo un criterio de interpretación exegético, la Corte observa que la redacción del último inciso del artículo 115 superior no corresponde a la de una enumeración taxativa. Pues, como puede observarse, dicha norma simplemente afirma que "forman parte de la Rama Ejecutiva" los organismos que allí se mencionan, pero no señala que "la Rama Ejecutiva está formada" por ellos. De esta manera, la construcción gramatical utilizada (cuyo sujeto gramatical son los organismos mencionados y no la Rama Ejecutiva) permite entender que otros organismos también pueden formar parte de dicha estructura.

"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 superintendecias, 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 público21. 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 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 gobierno22. 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.”23

“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 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 resultados24; (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 Política25. (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 lo 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 180-326, 29227 y 32328 de la Carta; (v) que en materia presupuestal quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto29; (vi) que en materia contable quedan sujetas a las reglas de contabilidad oficial30.

“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.”.31

“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”32 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)."33

4. La improcedencia del cargo de inconstitucionalidad propuesto en la presente demanda.

Así pues, como acaba de verse, de la Sentencia en cita se extraen las siguientes conclusiones: (i) la enumeración contenida en el artículo 115 superior no es taxativa, de donde se deduce que otros órganos distintos de los allí mencionados pueden conformar la Rama Ejecutiva; (ii) 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; (iii) no hay 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.

Visto lo anterior, y reparando de manera particular en la identidad entre los conceptos de Rama Ejecutiva Nacional y Administración Pública Central, la Corte concluye ahora que debe entenderse que cuando el artículo 150 de la Carta en su numeral 7 indica que corresponde al Congreso mediante Ley determinar la estructura de la "Administración nacional" y crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta, hace referencia a la incorporación a la Rama Ejecutiva Nacional de la entidades así creadas o autorizadas por el legislador.34 Y otro tanto debe entenderse respecto de las facultades de las asambleas y concejos municipales relativas a "determinar la estructura de la administración" en esos niveles, creando o autorizando la constitución de sociedades de economía mixta departamentales o municipales. Facultades a las cuales aluden los artículos 300 numeral 7° y 313 numeral 6° de la Carta.35

Así las cosas, la Corte estima que teniendo en cuenta las conclusiones que emanan de la lectura de la reciente Sentencia C-736/0736, cuyos apartes en lo pertinente se acaban de transcribir, resulta necesario despachar como improcedente el único cargo de inconstitucionalidad esgrimido en esta oportunidad en contra de la expresión "y las sociedades de economía mixta", contenidas en el artículo 38 numeral 2 literal f) de la Ley 489 de 1998. Ciertamente, dicho cargo parte de la premisa refutada en dicha Sentencia, conforme a la cual la enumeración de organismos y entidades contenida en el artículo 115 de la Constitución es taxativa, por lo cual el legislador no podía "añadirla" sin incurrir en violación constitucional. Como se vio, ello no es así, por lo cual el Congreso, en ejercicio de sus atribuciones de determinar la estructura de la Administración, concepto sinónimo del de Rama Ejecutiva, puede incorporar a esta las sociedades de economía mixta, mediante creación o autorización de las mismas. De lo cual se deduce que cuando la norma bajo examen señala que las sociedades de economía mixta forman integran la Rama Ejecutiva en el sector descentralizado por servicios, no desconoce la Constitución.

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 "y las sociedades de economía mixta", contenida en el literal f) del numeral 2° del artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

AUSENTE EN COMISION

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-910 DE 2007 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

ENTIDAD NACIONAL-Naturaleza pública (Aclaración de voto)

Toda entidad creada o autorizada por la ley en la cual tenga participación el Estado es de naturaleza pública y como tal, forma parte de la administración, independientemente de su objeto

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

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

GOBIERNO-Distinción frente al concepto de administración pública (Aclaración 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: Expediente D-6784

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 38 numeral 2, literal f, (parcial) de la Ley 489 de 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”

Magistrado Ponente:

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corte, me permito aclarar mi voto a la presente decisión, toda vez que la posición que he mantenido respecto de los pronunciamientos sobre la materia bajo estudio, se ha apartado de la posición mayoritaria, en cuanto considero que toda entidad creada o autorizada por la ley en la cual tenga participación el Estado es de naturaleza pública y como tal, forma parte de la administración, independientemente de su objeto.

En este sentido, me permito reiterar los argumentos presentados en su oportunidad en salvamento de voto del suscrito magistrado a la sentencia C-736 del 2007, que sirve de fundamento al presente fallo, los cuales considero siguen siendo válidos y aplicables en el presente caso y me permito citar a continuación in extenso:

“1. En primer término, discrepo de los numerales primero, segundo y quinto de la parte resolutiva 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 inexequibles 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 Corte37 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.

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 Bobbio38 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 Ross39 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, aclaro mi voto a la presente decisión.

Fecha ut supra.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 Al respecto, la intervención hace referencia a la sentencia C-722 de 1999.

2 En fundamento de esta afirmación cita las sentencias C-037 de 1996 y C-737 de 2006.

3 Intervención del ciudadano Juan Carlos Esguerra.

4 Intervención de la Universidad del Rosario.

5 Ver Sentencia C-1052 de 2001, M.P Manuel José Cepeda Espinosa

6 Ibídem

7 Ibídem

8 Cf. Ibídem

9 Cf. Ibidem.

10 Cfr. la Sentencia C-447 de 1997.

11 Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-504 de 1993; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz. La Corte declaró exequible en esta oportunidad que el Decreto 100 de 1980 (Código Penal). Se dijo, entonces: “Constituye un error conceptual dirigir el cargo de inconstitucionalidad contra un metalenguaje sin valor normativo y, por tanto, carente de

obligatoriedad por no ser parte del ordenamiento jurídico. La doctrina penal es autónoma en la creación de los diferentes modelos penales. No existe precepto constitucional alguno que justifique la limitación de la creatividad del pensamiento doctrinal – ámbito ideológico y valorativo por excelencia -, debiendo el demandante concretar la posible antinomia jurídica en el texto de una disposición que permita estructurar un juicio de constitucionalidad sobre extremos comparables". Así, la Corte desestimaba algunos de los argumentos presentados por el actor que se apoyaban en teorías del derecho penal que reñían con la visión contenida en las normas demandadas y con la idea que, en opinión del actor, animaba el texto de la Constitución.

12 Ibídem

13 Cfr. Sentencias C-1052 de 2001 y C-362 de 2001.

14 Sentencia C-1299 de 2005, M.P Álvaro Tafur Galvis.

16 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

17 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.

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

19 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.

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

21 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.

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

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

24 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-290de 2002)

25 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.

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

27 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".

28 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":

29 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"

30 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".

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

32 Sobe 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 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.

35 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.

36 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

37 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

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

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