

“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 demanda 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 beneficencia¹. 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.²

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.”³ 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.”⁴

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 mixta⁵ y a las llamadas entidades descentralizadas

¹ Cf. Sentencia C-866 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

² 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...*”

³ Sentencia C-216 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴ Ibídem.

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

indirectas (sociedades y asociaciones entre entidades públicas, asociaciones y fundaciones de participación mixta).⁶ 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); (ii) las sociedades de economía mixta se conforman con participación económica concurrente del Estado y de los particulares, en cualquier proporción⁸; (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 1998⁹; 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.¹⁰

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.

⁶ Cf. Decreto 130 de 1976

⁷ Sentencia C-629 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

⁸ Sentencia C-953 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁹ Sentencia C-629 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

¹⁰ Ibídem.

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.¹¹ 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.¹² 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 público¹³; 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 115¹⁴. 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

¹¹ ARTÍCULO 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.

ARTÍCULO 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.

ARTÍCULO 313. Corresponde a los concejos:

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

¹² 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.”*

¹³ 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.

¹⁴ 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.

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 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 público¹⁵. 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

¹⁵ 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.

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 gobierno¹⁶. 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.”¹⁷

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

¹⁶ Cf. Sentencia C-720 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁷ Sentencia C-078 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

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 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 resultados¹⁸; (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 Política¹⁹. (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

¹⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ARTÍCULO 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).

¹⁹ 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.

artículos 180-3²⁰, 292²¹ y 323²² de la Carta; (v) que en materia presupuestal quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto²³; (vi) que en materia contable quedan sujetas a las reglas de contabilidad oficial²⁴;

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.”²⁵

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”²⁶ por parte de las entidades a las que se vinculan. El desarrollo legislativo relativo al control administrativo de tutela que recae sobre las

²⁰ El artículo 180-3, prescribe que los congresistas no podrán “ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel...”.

²¹ 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”.

²² 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”.

²³ 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”.

²⁴ 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”.

²⁵ Sentencia C-529 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁶ 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.

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 1999²⁷, en la cual, al examinar la constitucionalidad del artículo 97 de la Ley 489 de 1998²⁸, 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 7°, atribuye al legislador la facultad de "crear o autorizar la constitución" de "sociedades de economía mixta", al igual que en los artículos 300 numeral 7° y 313 numeral 6° 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

²⁷ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁸ 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.

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.”

Del fragmento de la Sentencia C-953 de 1999²⁹ 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.

²⁹ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

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).

A partir de estas normas legales puede establecerse que hoy en día los elementos configurativos de las sociedades de economía mixta son (i) creación o autorización legal;³⁰ (ii) carácter de sociedades comerciales; (iii) su objeto social es el cumplimiento de actividades industriales y comerciales, con ánimo de lucro; (iv) sujeción a las reglas de derecho privado, “salvo las excepciones que consagra la ley”; (v) capital integrado por aportes del Estado y de particulares, en cualquier proporción; (vi) vinculación a la Rama ejecutiva como integrante del sector descentralizado y consecuente sujeción a controles administrativos.

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.³¹

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

³⁰ 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 públicas 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.

³¹ Sentencia C-741 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

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 aquélla 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 aquélla 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 aquélla 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-³² 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.³³ 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"³⁴ 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.³⁵

“En cuanto al capital de la empresa, éste puede pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros.³⁶ El capital de la empresa se dividirá en acciones de igual valor que se representarán en títulos negociables.³⁷ 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.³⁸ En todo caso, la empresa no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas.³⁹

³² Ley 142 de 1994, Artículos 17 y 18.

³³ 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).

³⁴ Ley 142 de 1994, Artículo 19.1.

³⁵ Ley 142 de 1994, Artículo 18, inciso 3.

³⁶ Ley 142 de 1994, Artículo 19.3.

³⁷ 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).

³⁸ Ley 142 de 1994, Artículo 19.9.

³⁹ Ley 142 de 1994, Artículo 19.15 y Código del Comercio, Artículo 374.

“La Ley no establece un monto de capital específico para la constitución de este tipo de empresas.⁴⁰ Permite, además, que los socios definan libremente el capital que se suscribe,⁴¹ el monto que debe pagarse al momento de la suscripción y el plazo para el pago de la parte que queda pendiente.⁴² 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.⁴³

“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.⁴⁴

“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.⁴⁵

“En cuanto al ámbito territorial de operación, las empresas de servicios públicos “pueden operar en igualdad de condiciones en cualquier parte del país, con sujeción a las reglas que rijan en el territorio del correspondiente departamento o municipio.” También pueden “desarrollar su objeto en el exterior sin necesidad de permiso adicional de las autoridades colombianas.”⁴⁶

“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.⁴⁷

“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

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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.*”

⁴² 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.

⁴³ 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.

⁴⁴ Ley 142 de 1994, Artículo 19.17.

⁴⁵ Ley 142 de 1994, Artículo 19.10.

⁴⁶ Ley 142 de 1994, Artículo 23.

⁴⁷ Ley 142 de 1994, Artículo 19.11.

que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un accionista.⁴⁸ 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.^{49?50}

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 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”.⁵¹ 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

⁴⁸ Ley 142 de 1994, Artículo 19.12.

⁴⁹ Ley 142 de 1994, Artículo 19.13.

⁵⁰ Sentencia C-741 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵¹ Sentencia C-953 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

están constitucionalmente justificadas, en cuanto hacen posibles las condiciones jurídicas que favorecen la asociación de los particulares con el Estado a fin de 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:

“ARTÍCULO 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 aquélla en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquélla o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%” y (ii) que “Empresa de servicios públicos privada... (e)s aquélla 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.

Estas divergencias interpretativas en torno de los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 se hacen patentes cuando se encuentra que, con base en estas disposiciones, 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.⁵²

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 aquélla 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.

⁵² 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.

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”⁵³, 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:

⁵³ Esta última expresión es la que ha sido demandada de inconstitucional dentro del presente proceso.

“14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquélla en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquélla 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 aquélla 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.”

Obsérvese que si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquéllas 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”⁵⁴, **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 administrativa⁵⁵, fijando en todo caso límites a dicha intervención”.⁵⁶ (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.

Ahora bien, como se hizo ver ad supra, en ejercicio de esta facultad el legislador estableció en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 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) Y 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)

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

⁵⁴ Ver Sentencia C- 616/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁵ Ver sentencia C-815/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁶ Sentencia C-037 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

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.⁵⁷ 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.⁵⁸ 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 de 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:

"ARTÍCULO 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.

"ARTÍCULO 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

⁵⁷ Sentencia C-299 de 1994. M.P Antonio Barrera Carbonell.

⁵⁸ Cf. Ibídem

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 aquéllas en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas 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 éstas 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.⁵⁹⁷.

⁵⁹ 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.