

Magistrado ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

Sentencia: Octubre 31 de 2007 (C-910)

Referencia: Expediente D-6784

Decisión: Exequibilidad de la expresión “y las sociedades de economía mixta”, contenida en el literal f) del numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998

“1. Competencia

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

2. El problema jurídico que plantea la demanda

2.1 Según se expuso en el acápite de Antecedentes de la presente Sentencia, la demanda sostiene que cuando en el literal f) del numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 se incluyen a las sociedades de economía mixta dentro de los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del poder público, se contradice lo dispuesto por la Constitución Política en su artículo 115, pues en esta norma superior se señalan los organismos que conforman dicha Rama, sin mencionar a las citadas sociedades. Agrega que, aunque el numeral 7º del artículo 150 superior autoriza el legislador para determinar la estructura de la Administración nacional, dichas prerrogativas no pueden ser ejercidas desconociendo el tenor literal del mencionado artículo 115 de la Constitución, que establece la estructura de la Rama ejecutiva del poder público sin incluir a las sociedades de economía mixta.

...

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

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

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

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

3.1 Al respecto, la Corte recuerda que en relación con el requisito de las demandas de inconstitucionalidad de expresar las razones por las cuales los textos constitucionales se estiman violados, esta Corporación ha explicado que ello “supone la exposición de las razones por las cuales el actor considera que el contenido de una norma constitucional resulta vulnerado por las disposiciones que son objeto de la demanda.”¹ Lo anterior implica que al ciudadano le corresponde hacer “la exposición del contenido normativo de las disposiciones

¹ Ver Sentencia C-1052 de 2001, M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

constitucionales que riñe con las normas demandadas, es decir, manifestar qué elementos materiales del texto constitucional son relevantes y resultan vulnerados por las disposiciones legales que se impugnan. No basta, pues, con que el demandante se limite a transcribir la norma constitucional o a recordar su contenido".²

Además, el requisito de exponer los motivos de la violación, implica que las razones que se expongan sean "específicas", es decir, que definan con claridad la manera como se desconoce o vulnera la Carta Política, lo cual excluye que puedan ser estudiadas demandas de inconstitucionalidad a partir de argumentos "vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales."³ De otro lado, dichas razones deben ser "claras", entendiéndose por claridad la existencia de un hilo conductor que desarrolle de manera inteligible el argumento en que se sustenta la oposición normativa entre la disposición legal y la disposición constitucional.⁴ Así mismo, la Corte ha hecho ver que los argumentos deben ser "suficientes", explicando que un argumento es suficiente cuando permite ilustrar que, por lo menos prima facie, existe una oposición normativa entre el texto de la Constitución y el texto de la Ley que se acusa. Si de la argumentación expuesta por el actor quedan asuntos por resolver que sería necesario explicar para entender la oposición normativa que alega, el cargo debe ser considerado insuficiente.⁵ Adicionalmente, la jurisprudencia ha destacado que los cargos deben ser "pertinentes", lo cual significa que "el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. En este orden de ideas, son inaceptables los argumentos que se formulan a partir de consideraciones puramente legales⁶ y doctrinarias⁷, o aquellos otros que se limitan a expresar puntos de vista subjetivos...".⁸ Finalmente, las razones de la violación deben ser "ciertas", es decir, deben desprenderse del contenido de una norma jurídica existente y real, y no de un alcance normativo presumido por el actor o implícito.⁹

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

Ciertamente, aunque en forma escueta, la demanda de la ciudadana (B) cumple con la carga de exponer las razones por las cuales estima que la norma acusada vulnera de manera

² Ibídem.

³ Ibídem.

⁴ Cf. Ibídem.

⁵ Cf. Ibídem.

⁶ Cfr. la Sentencia C-447 de 1997.

⁷ Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-504 de 1993; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz. La Corte declaró exequible en esta oportunidad que el Decreto 100 de 1980 (Código Penal). Se dijo, entonces: "Constituye un error conceptual dirigir el cargo de inconstitucionalidad contra un metalenguaje sin valor normativo y, por tanto, carente de obligatoriedad por no ser parte del ordenamiento jurídico. La doctrina penal es autónoma en la creación de los diferentes modelos penales. No existe precepto constitucional alguno que justifique la limitación de la creatividad del pensamiento doctrinal -ámbito ideológico y valorativo por excelencia-, debiendo el demandante concretar la posible antinomia jurídica en el texto de una disposición que permita estructurar un juicio de constitucionalidad sobre extremos comparables". Así, la Corte desestimaba algunos de los argumentos presentados por el actor que se apoyaban en teorías del derecho penal que reñían con la visión contenida en las normas demandadas y con la idea que, en opinión del actor, animaba el texto de la Constitución.

⁸ Ibídem

⁹ Cfr. Sentencias C-1052 de 2001 y C-362 de 2001.

concreta y exclusiva el artículo 115 de la Constitución. Al respecto, afirma que dicha norma superior enumera los órganos que conforman la Rama Ejecutiva del poder público y que dentro de ellos no menciona a las sociedades de economía mixta. Por esa razón, considera que en forma inconstitucional la norma acusada “añade” algo al artículo 115 superior, al incluir a las sociedades de economía mixta dentro del catálogo de organismos que conforman la Rama Ejecutiva.

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

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

Recuérdese que, a fin de asegurar el derecho político de participación en el control del poder político mediante el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad de las leyes, en la apreciación del cumplimiento de los requisitos que determinan la aptitud de una demanda de inconstitucionalidad debe aplicarse el principio *pro actione*, conforme al cual “el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo.”¹⁰

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

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

3.1 Con ocasión de la demanda incoada en contra del literal d) parcial, del numeral 2º del artículo 38 de la Ley 489 de 1998¹¹, y del artículo 68 parcial de la misma Ley, en la reciente Sentencia C-736/07¹² esta Corporación tuvo la oportunidad de estudiar el mismo problema jurídico que se propone dentro del presente proceso. En efecto, en aquella oportunidad las normas demandadas pertenecientes a la Ley 489 de 1998 eran del siguiente tenor:

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

“...

“2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

¹⁰ Sentencia C-1299 de 2005, M.P Álvaro Tafur Galvis.

¹¹ En la presente oportunidad se demanda el literal f) parcial del mismo numeral 2º del mismo artículo 38 de la Ley 489 de 1998.

¹² M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

e) Los institutos científicos y tecnológicos;

f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

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

“Parágrafo 2°. Además de lo previsto en el literal c) del numeral 1° del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de constitución se indicará el Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos.”

...

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

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

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

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

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

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

3.2 Dentro de los problemas jurídicos que en aquella ocasión planteaba la demanda, la Corte estimó que debía referirse al asunto de la pertenencia de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva del poder público. Para esos efectos examinó de manera concreta el alcance del artículo 115 superior, interpretándolo no solo de manera literal o exegética, sino también sistemática o armónica con otras normas superiores implicadas en el asunto, llegando a concluir

que la enumeración contenida en el artículo 115 de la Constitución no era taxativa, de donde se deducía que otros órganos distintos de los allí mencionados podían conformar la Rama Ejecutiva. Adicionalmente, la Sentencia aclaró que los conceptos de Rama Ejecutiva Nacional y Administración Pública Central podían considerarse como sinónimos, pero que excluían a las otras ramas del poder y a los órganos constitucionalmente autónomos, por lo cual “no habría inconveniente constitucional para considerar que las sociedades de economía mixta, como todas las demás entidades descentralizadas por servicios, … se “vinculan” a la Rama Ejecutiva del poder público, es decir a la Administración Central.”

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

“3.2.2 La pertenencia de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva del poder público. En primer lugar, la Corte repara en que las sociedades de economía mixta son mencionadas en la Constitución a propósito de las atribuciones (del Congreso, asambleas o concejos) de “determinar la estructura de la Administración”. Ciertamente, los artículos 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 tienen como elemento común el conceder facultades a esos órganos colegiados para ese concreto propósito.¹³ 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.¹⁴ 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 público¹⁵; así pues, con este señalamiento la misma

¹³ 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.

¹⁴ 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.”

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,

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 115¹⁶. Adicionalmente, siguiendo un criterio de interpretación exegético, la Corte observa que la redacción del último inciso del artículo 115 superior no corresponde a la de una enumeración taxativa. Pues, como puede observarse, dicha norma simplemente afirma que “forman parte de la Rama Ejecutiva” los organismos que allí se mencionan, pero no señala que “la Rama Ejecutiva está formada” por ellos. De esta manera, la construcción gramatical utilizada (cuyo sujeto gramatical son los organismos mencionados y no la Rama Ejecutiva) permite entender que otros organismos también pueden formar parte de dicha estructura.

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

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

“En efecto, en el artículo 114 superior diferencia los conceptos de Gobierno y Administración, cuando dice lo siguiente: “Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración.” (subraya y resalta la Corte). A su vez el artículo 115 siguiente, adoptando con ello el sistema de gobierno presidencial, dispone que el Presidente de la República no solo 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 7º del artículo 150, el numeral 7º del artículo 300 y el numeral 6º 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 público¹⁷. Más adelante, el Título VII se intitula “De la Rama

cualquiera que sea el orden al que pertenezcan, excepto la referente a la ejecución del Presupuesto, cuya competencia se atribuye a la Contraloría.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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,

Ejecutiva”, y bajo este epígrafe se encuentran las normas referentes a la Presidencia de la República, al “Gobierno”, a la Vicepresidencia de la República, a los ministros y directores de los Departamentos Administrativos y a la Fuerza Pública.

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

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

“- El concepto de “Gobierno” y su distinción frente a las nociones de “Rama Ejecutiva” o de “Administración Pública” obedece a la índole política de la función propiamente gubernamental; en esta esfera de funciones, el Gobierno ejerce la dirección u orientación de toda la Rama Ejecutiva o de la Administración Pública, es decir, traza los rumbos y las metas hacia los cuales debe dirigirse su actividad. En cambio, las funciones no gubernamentales sino simplemente ejecutivas o administrativas carecen de este acento político. Así por ejemplo, las funciones presidenciales de inspección vigilancia y control son funciones de naturaleza administrativa, ya que por no involucrar el señalamiento de políticas, no corresponden a actos de gobierno¹⁸. 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

cualquiera que sea el orden al que pertenezcan, excepto la referente a la ejecución del Presupuesto, cuya competencia se atribuye a la Contraloría.

¹⁸ Cf. Sentencia C-720 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

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.”¹⁹

“Así las cosas, la noción de Rama Ejecutiva Nacional corresponde a la de Administración Pública Central, y excluye a las otras ramas del poder y a los órganos constitucionalmente autónomos. Siendo así las cosas, no habría inconveniente constitucional para considerar que las sociedades de economía mixta, como todas las demás entidades descentralizadas por servicios, según lo ha explicado tradicionalmente la teoría administrativa clásica, se “vinculan” a la Rama Ejecutiva del poder público, es decir a la Administración Central.

“Ahora bien, la vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva, y su condición de entidades descentralizadas, implica consecuencias que emergen de la propia Constitución cuales son particularmente las siguientes: (i) que están sujetas 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 resultados²⁰; (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 Política²¹. (iii) que de conformidad con lo prescrito por el artículo 150 numeral 7, según el cual al Congreso le corresponde “crear o autorizar la constitución de ... sociedades de economía mixta” del orden nacional, su creación o autorización tiene que producirse mediante ley. Correlativamente, en los órdenes departamental y municipal esta misma facultad se le reconoce a las asambleas y concejos, según lo prescriben lo artículos 300 numeral 78 y 313 numeral 6, respectivamente, por cual en dichos niveles las empresas de

¹⁹ Sentencia C-078 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

²⁰ 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-290 de 2002).

²¹ 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.

servicios públicos que asumieran la forma de sociedades de economía mixta deben ser creadas o autorizadas mediante ordenanza o acuerdo, según sea el caso; (iv) que les son aplicables las inhabilidades para la integración de órganos directivos a que aluden los artículos 180-3²², 292²³ y 323²⁴ de la Carta; (v) que en materia presupuestal quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto²⁵; (vi) que en materia contable quedan sujetas a las reglas de contabilidad oficial²⁶.

“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”²⁷.

“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

²² El artículo 180-3, prescribe que los congresistas no podrán “ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel…”.

²³ 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”.

²⁴ 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”.

²⁵ 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”.

²⁶ 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”.

²⁷ Sentencia C-529 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

son objeto de un control llamado “de tutela”²⁸ por parte de las entidades a las que se vinculan. El desarrollo legislativo relativo al control administrativo de tutela que recae sobre las sociedades de economía mixta en virtud de su vinculación a la Rama Ejecutiva hoy en día está contenido en la Ley 489 de 1998, cuyos artículos 41, 98 y 99 prescriben en su orden (i) que en el nivel nacional, “los ministros y directores de departamento administrativo orientan y coordinan el cumplimiento de las funciones a cargo de ... las sociedades de economía mixta que les estén adscritas o vinculadas o integren el Sector Administrativo correspondiente” (art. 41); (ii) que “en el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones para la participación del Estado que contenga la disposición que autorice su creación, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella” (art. 98); y (iii) que “la representación de las acciones que posean las entidades públicas o la Nación en una Sociedad de Economía Mixta corresponde al Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle vinculada dicha Sociedad” y que “cuando el accionista sea un establecimiento público o una empresa industrial y comercial del Estado, su representación corresponderá al respectivo representante legal, pero podrá ser delegada en los funcionarios que indiquen los estatutos internos” (art. 99).”²⁹

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

Así pues, como acaba de verse, de la Sentencia en cita se extraen las siguientes conclusiones: (i) la enumeración contenida en el artículo 115 superior no es taxativa, de donde se deduce que otros órganos distintos de los allí mencionados pueden conformar la Rama Ejecutiva; (ii) la noción de Rama Ejecutiva Nacional corresponde a la de Administración Pública Central, y excluye a las otras ramas del poder y a los órganos constitucionalmente autónomos; (iii) no hay inconveniente constitucional para considerar que las sociedades de economía mixta, como todas las demás entidades descentralizadas por servicios, según lo ha explicado tradicionalmente la teoría administrativa clásica, se “vinculan” a la Rama Ejecutiva del poder público, es decir a la Administración Central.

Visto lo anterior, y reparando de manera particular en la identidad entre los conceptos de Rama Ejecutiva Nacional y Administración Pública Central, la Corte concluye ahora que debe entenderse que cuando el artículo 150 de la Carta en su numeral 7 indica que corresponde al Congreso mediante Ley determinar la estructura de la “Administración nacional” y crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta, hace referencia a la incorporación a la Rama Ejecutiva Nacional de las entidades así creadas o autorizadas por el legislador.³⁰ Y otro tanto debe entenderse respecto de las facultades de las asambleas y concejos municipales relativas a “determinar la estructura de la administración” en esos niveles, creando o autorizando la constitución de sociedades de economía mixta departamentales o municipales. Facultades a las cuales aluden 300 numeral 7º y 313 numeral 6º de la Carta.³¹

²⁸ 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.

²⁹ Sentencia C- 736/07. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁰ 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.

³¹ 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:

Así las cosas, la Corte estima que teniendo en cuenta las conclusiones que emanan de la lectura de la reciente Sentencia C-736/07³², cuyos apartes en lo pertinente se acaban de transcribir, resulta necesario despachar como improcedente el único cargo de inconstitucionalidad esgrimido en esta oportunidad en contra de la expresión “y las sociedades de economía mixta”, contenidas en el artículo 38 numeral 2 literal f) de la Ley 489 de 1998. Ciertamente, dicho cargo parte de la premisa refutada en dicha Sentencia, conforme a la cual la enumeración de organismos y entidades contenida en el artículo 115 de la Constitución es taxativa, por lo cual el legislador no podía “añadirla” sin incurrir en violación constitucional. Como se vio, ello no es así, por lo cual el Congreso, en ejercicio de sus atribuciones de determinar la estructura de la Administración, concepto sinónimo del de Rama Ejecutiva, puede incorporar a esta las sociedades de economía mixta, mediante creación o autorización de las mismas. De lo cual se deduce que cuando la norma bajo examen señala que las sociedades de economía mixta forman integran la Rama Ejecutiva en el sector descentralizado por servicios, no desconoce la Constitución”.

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

³² M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra