

**DEFINICIÓN DE LOS TRABAJADORES DE SOCIEDADES DE ECONOMÍA
MIXTA COMO SUJETOS DISCIPLINABLES EN COLOMBIA**



**Trabajo Presentado Por:
LIZETH YAMILE OCAMPO CARVAJAL
Código: 3200382**

Facultad: Derecho

Universidad Militar Nueva Granada

Especialización en Derechos Sancionatorio

Bogotá D.C.

2014

RESUMEN

El Derecho Disciplinario en disposición de su objeto correctivo, pretende fijar una consecuencia jurídica a los servidores públicos y particulares que cumplan función pública; de esta manera alcanzará un correcto actuar de los mismos. Sin embargo dentro del marco jurídico aplicable y vigente se presenta con inexactitud el tratamiento que debe dárseles a los trabajadores de las Sociedades de Economía Mixta, toda vez que atendiendo la naturaleza y formulación legal de estas sociedades deben ser regidos por normas del derecho privado; en tanto si se observan los aspectos funcionales y de participación en aportes del Estado los reconocen como sujetos disciplinables. La intención, al desarrollar este trabajo, pasa por presentar algunos aspectos que permitan inferir el acatamiento a uno de los fines esenciales del derecho, como lo es la seguridad jurídica; en tal sentido será menester llegar a precisar en el marco de las posibilidades legales y jurídicas vigentes, aquellos conceptos que deben determinarse para endilgar responsabilidad disciplinaria a los trabajadores de las sociedades de economía mixta, conforme a las reglas vigentes en la Ley 734 de 2002, modificada por la Ley 1474 de 2011; sin desconocer los aportes jurisprudenciales y doctrinales aplicables.

Palabras claves: Seguridad Jurídica, Sujetos Disciplinables, Sociedades de Economía Mixta, Responsabilidad Disciplinaria, Servidor Público, Particulares y Función Pública.

ABSTRACT

The disposal of disciplinary jurisprudence in its corrective purpose, intended to set a legal consequence to public and private servers that meet public service; in this manner will reach a correct action thereof. However within the applicable legal framework and the treatment should be given to workers in the Mixed Economy Companies, since the nature and legal basis on which these societies must be governed by rules of private law is presented inaccurately; on whether the functional contributions and participation in the state recognized as subjects disciplinables aspects are observed. The intention in developing this work, going to present some aspects that enable compliance to infer one of the essential purposes of the law, such as legal certainty; in this regard will be necessary to clarify the reach of the legal framework and legal possibilities numbers, concepts that must be determined for disciplinary responsibility to foist workers in mixed companies, according to the rules in force in the Law 734 of 2002, amended by Act 1474 of 2011; without ignoring the contributions applicable jurisprudence and doctrine.

Key words: Legal Security Disciplinables Subjects, Mixed Economy Companies, Disciplinary Liability, Public Servant, Private and Public Service.

PROBLEMA JURIDICO – PRETENSIÓN

¿Cuáles son los criterios jurídicos, que permiten definir el régimen aplicable a los Trabajadores de Sociedades de Economía Mixta como Destinatarios de la Ley Disciplinaria?

INTRODUCCION

Con enorme preocupación podemos afirmar que los artículos 25 y 53 de la ley 734 de 2002, que definen cuales son los sujetos disciplinables se encuentran delimitados la totalidad de los destinatarios de la ley disciplinaria o sujetos disciplinables, toda vez que se encuentra una posibilidad de discusión, si afirmamos que se presenta un escenario de indefinición jurídica vislumbrado desde la ambigüedad latente al entender que en su esencia misma, las sociedades de economía mixta desarrollan actividades industriales y comerciales con ánimo de lucro, posición que las pone frente a la aplicación de un régimen jurídico privado, lejos de enmarcarse como desarrollo de función administrativa. Establecida la anterior afirmación, la disparidad conceptual pasa por determinar entonces si quienes desarrollan actividades laborales en las sociedades de economía mixta, reconocida su naturaleza funcional como privada, puedan definirse como sujetos disciplinables o por el contrario tal situación sea óbice de desconocimiento a lo que recoge el concepto de servidores públicos y dentro de este el de la figura de trabajadores oficiales. En tal sentido, fijaremos nuestra atención como eje central de discusión, el explicar si quienes tienen una vinculación legal y reglamentaria con una sociedad de economía mixta se pueden reconocer como sujetos disciplinables o contrario sensu se diluye tal posibilidad al hacer extensivo el tratamiento como trabajadores del régimen privado a los sujetos adscritos laboral y funcionalmente a las sociedades de economía mixta.

JUSTIFICACIÓN

Dentro del presente trabajo, partiendo de la base de conocer la fijación legal establecida por el régimen disciplinario de destinatarios de la ley disciplinaria, Ley 734 de 2002, modificado por la Ley 1474 de 2011; nos corresponde revisar y precisar los postulados normativos y enunciados jurisprudenciales, generados alrededor de lograr determinar dentro de la gama de particulares que cumplen funciones públicas ,

y que por ende se denominan sujetos disciplinables, si se puede reconocer y entender que se encuentran cubiertos por dicho régimen los trabajadores de las sociedades de economía mixta, las cuales propio de su naturaleza legal se encuentran determinadas por la aplicabilidad y regulación del régimen privado, situación que circunda sobre la base de desconfiguración de la denominación transversal utilizada para lograr la responsabilidad disciplinaria, con asiento Constitucional, como lo es colaborar en el desarrollo de los fines y cometidos propios del Estado. Con todo lo anterior, se pretende lograr, definiendo si de presentarse tal escenario anunciado, se puede concluir que el mismo pudiere comportar un inevitable trato desigual de las personas que prestan servicios desde la función pública y/o administrativa, por el simple hecho de reconocer una disposición legal, aplicación del régimen jurídico de derecho privado para las sociedades de economía mixta, en el entendido que eventualmente se pudiere sacrificar la seguridad jurídica de los ilusorios destinatarios de la ley disciplinaria.

DEFINICIÓN DE LOS TRABAJADORES DE SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA COMO SUJETOS DISCIPLINABLES EN COLOMBIA

La concepción de las sociedades de economía mixta como entidades descentralizadas por servicios, inicia desde la creación del Estado unitario que define el artículo 1º de la Carta, donde el constituyente le concedió una gran relevancia a la idea de descentralización, que comporta el ejercicio autónomo de ciertas funciones por parte de algunas entidades públicas que se gobiernan por sí mismas.

Dentro de las entidades descentralizadas por servicios, tradicionalmente fueron clasificados los establecimientos públicos, así como las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. (Subrayado fuera de texto).

Esa nomenclatura subsiste, pues la Constitución vigente, en su artículo 150-7, faculta al Congreso de la República para “crear o autorizar la constitución de

empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta”, competencia que los artículos 307-7 y 313-6 de la Carta conceden a las asambleas y a los concejos que, respectivamente, pueden crear los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del departamento o del municipio o distrito y autorizar la formación o constitución de sociedades de economía mixta, para todo lo cual, en el ámbito municipal o distrital, corresponde al alcalde la iniciativa.

Estas sociedades están legalmente definidas en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 “como organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley”, de igual manera el mismo artículo precisa que las sociedades de economía mixta “*desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial*” y este elemento de su configuración aporta una importante explicación acerca del régimen jurídico al que se somete la responsabilidad de sus servidores y de la exclusión de algunas de ellas del conjunto de los sujetos que son disciplinables de conformidad con la Ley 734 de 2002

En concordancia con lo anterior, el artículo 461 del Código de Comercio señala que son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y capital privado, las cuales se sujetan a las reglas del derecho privado.

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

comerciales”, con la situación de concurrencia con los particulares y con razones funcionales y técnicas atinentes al cumplimiento de su objeto social.

Es claro que la definición legal de las sociedades de economía mixta las enmarca en el ámbito de aplicación del régimen privado, pero no se puede desconocer el desarrollo de las actividades excepcionales, en las cuales es aplicable el derecho público, por ejemplo, aquellas que tienen que ver con las relaciones entre las sociedades de economía mixta y la administración; aquellas que correspondan al ejercicio de funciones administrativas; y aquellas en las que, en materia de contratación, cuando la participación del Estado sea superior al 50% del capital, al tenor del literal a) del artículo 2º de la Ley 80 de 1993, se considera que las sociedades de economía mixta actúan como entidades estatales y con ellos sus trabajadores y su actividad contractual comporta el ejercicio de una función pública.

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

En referencia a los conceptos y definiciones constitucionales y legales antes señaladas respecto de las sociedades de económica mixta, es válido en estos momentos empezar a estudiar las normas referentes al régimen aplicable a los Trabajadores de Sociedades de Economía Mixta como Destinatarios de la Ley.

La Constitución indica en su artículo 123 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.

En consonancia el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, en su numeral 2º, “determina que las sociedades de economía mixta hacen parte del sector

descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público”. Debemos entender entonces que, las personas que prestan sus servicios en las sociedades de economía mixta son servidores públicos, sin que se pueda llegar a comportar un desconocimiento de la categoría otorgada por el artículo 123 superior que, según lo expuesto, considera servidores públicos a los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para efectos de la responsabilidad predicable a unos y otros, servidores públicos y particulares, es diferente tener la calidad de servidor público a la de particular, pues los primeros de conformidad con el artículo 6º superior, son responsables por “infringir la Constitución y las leyes y por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones”, mientras que los particulares solo son responsables ante las autoridades por “infringir la Constitución y las leyes”, de modo que la responsabilidad disciplinaria de los particulares solo surge en la medida que cumplan funciones públicas.

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

Luego esta misma norma en el libro III Régimen Especial, Título I Régimen de los Particulares” artículo 53; el legislador exceptúa de este régimen a los particulares de las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.

Es claro entonces y valido indicar que, las sociedades de economía mixta y sus trabajadores se rigen por el derecho privado, que en principio no están sometidos a las reglas del derecho disciplinario, como lo señala el artículo 53 de la Ley 734 de 2002. La decisión legal de excluir a esa clase de sociedades del control disciplinario, se debe entender como la regla general, pues la mayor parte de las

actuaciones de los particulares que hacen parte de ellas no comporta el ejercicio de una función pública en los términos antes señalados.

Ahora bien, aunque la regla general es que las sociedades de economía mixta están sujetas a un régimen de derecho privado, que también se aplica a la vinculación de sus trabajadores; el hecho de que al legislador le corresponda definir su régimen jurídico le permite introducir “diferencias” o “salvedades a la aplicación del régimen general establecido para dichas sociedades de economía mixta”

Por tal razón desarrollaremos el tema central de este ensayo, pasando por la revisión de posturas doctrinales y jurisprudenciales que nos servirán de ilustración, complementariedad y entendimiento en la concepción de la responsabilidad de los trabajadores de las sociedades de economía mixta como sujetos disciplinables, pasando por las diferentes posturas que ha acogido la Corte, identificando los posibles problemas que se pueden estar presentando en la aplicación de la figura disciplinaria en la actualidad, para finalmente presentar las conclusiones y formular posibles formas de subsanar desde la práctica, ya sea en el ejercicio de defensa de los disciplinados o en el desarrollo instructivo de la potestad y titularidad sancionatoria disciplinaria, generados por el desconocimiento de postulados sustanciales y procesales reconocidos por el derecho disciplinario en favor de los ciertamente sujetos disciplinables.

Será un punto de partida estudiar lo anunciado por la Sentencia C-280 de 1996, que defiende el criterio de la subordinación como eje central para definir quienes son responsables disciplinariamente, argumentando lo siguiente: “La Corte recuerda que la potestad sancionadora que tiene la administración se manifiesta en dos dimensiones bien diferenciadas, “la disciplinaria (frente a los funcionarios que violan los deberes y prohibiciones) y la correccional (por las infracciones de los particulares a las obligaciones o restricciones en materia de higiene, tránsito, financiera, fiscal, etc.)”. Esto significa que la potestad disciplinaria se manifiesta sobre los servidores públicos, esto es, sobre aquellas personas naturales que

prestan una función pública bajo la subordinación del Estado, incluida una relación derivada de un contrato de trabajo. En efecto, en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona. Por ello esta Corporación ya había señalado que el "régimen disciplinario cobija a la totalidad de los servidores públicos, que lo son, de acuerdo al artículo 123 de la Constitución "los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmentey por servicios" (subrayas no originales).

Este ámbito de aplicación de la ley disciplinaria se explica porque la posición del servidor público en el aparato estatal, como ente físico que actualiza la tarea del Estado, comporta una serie de obvias obligaciones especiales de aquel con éste, llamadas a mantener el orden interno de la organización y el logro de los objetivos estatales. Así las cosas, un elemento esencial que define al destinatario de la potestad disciplinaria es la existencia de una subordinación del servidor público para con el Estado. En ese orden de ideas, los trabajadores del Estado vinculados mediante un contrato laboral de trabajo están bajo la subordinación del Estado. Es así como no tiene relevancia para la determinación de la calidad de sujeto disciplinable, la forma de vinculación del servidor público a la organización estatal.

Dado lo anterior, los trabajadores oficiales son destinatarios de un régimen disciplinario impuesto por el Estado de forma unilateral. Esta aplicación de la ley disciplinaria a los trabajadores oficiales no es en manera alguna caprichosa sino que deriva de las funciones de interés general que cumplen estas personas (CP art. 209), por lo cual, es razonable que el régimen disciplinario no sea materia de acuerdo entre las partes, porque en este campo están en juego valores sociales y estatales que desbordan los intereses de los partícipes en la relación laboral de derecho público.

En relación con la persona que esta vinculada a través de un contrato de prestación de servicios profesionales la Corte aclara: “La situación es diferente en el caso de la persona que realiza una determinada actividad para el Estado a través de un “contrato de prestación de servicios personales o de servicio simplemente, pues allí no se presenta la subordinación de una parte frente a la otra, que es un elemento determinante de la calidad de disciplinable como se señaló anteriormente”. (Cursiva y subrayado fuera de texto). En efecto, entre el contratista y la administración no hay subordinación jerárquica, sino que éste presta un servicio, de manera autónoma, por lo cual sus obligaciones son aquellas que derivan del contrato y de la ley contractual. “Entonces, no son destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto de trata de particulares contratistas y no de servidores públicos”,(cursiva y subrayada fuera de texto). Lo anterior no significa que frente a estos contratistas la Administración esté desprovista de instrumentos jurídicos para garantizar el cumplimiento de los objetivos estatales, pues para ello cuenta con las posibilidades que le brinda la ley de contratación administrativa, pero lo que no se ajusta a la Carta es que a estos contratistas se les aplique la ley disciplinaria, que la Constitución ha reservado a los servidores públicos, por cuanto el fundamento de las obligaciones es distinto.

Queda claro entonces que en ese momento en que estaba vigente la Ley 200 de 1995, era determinante para endilgar responsabilidad a un servidor publico la relación de subordinación de éste con el estado; ahora bien en el mismo año pero con la Sentencia C-286 la Corte acoge otro concepto para determinar la responsabilidad disciplinaria del servidor público; se sustenta un criterio material como fundamento de la imputación disciplinaria de los particulares.

Conforme a este criterio, sostiene la Corte que la aplicación del derecho disciplinario surge a partir del ejercicio de la función y no del vínculo, es decir, que en el caso del servidor público, por el hecho de serlo, queda sometido al régimen disciplinario conforme a la Constitución y a la ley, en razón de su investidura, pues es

titular genérico de las funciones públicas que su cargo implica, con independencia de si las ejerce o no. La responsabilidad del particular, al no ser servidor público, pues no tiene un vínculo de subordinación o de dependencia con el Estado, en cualquiera de los cargos, organismos, entidades o corporaciones que hacen parte de su estructura, se funda en un factor objetivo y material: el ejercicio de la función pública que le ha sido confiada, pues este ejercicio afecta el interés público y en esa medida, supera el ámbito del derecho privado.

Seguidamente en la Sentencia C-1076 de 2002, la Corte Constitucional explica la importancia de la inclusión de los particulares como destinatarios de la ley disciplinaria según la Ley 734 de 2002. La Constitución Política de 1991 en sus artículos 116 numeral 4º; 123, numeral 3º y 209, inspirada en el principio de colaboración, les otorgó facultades a los particulares para el desarrollo de funciones públicas.

Hasta la expedición de la Ley 734 de 2002, no existían mecanismos jurídicos idóneos para sancionar disciplinariamente conductas que atentaban contra la legalidad o el patrimonio público realizadas por personas que ostentado la calidad de particulares ejercían funciones públicas.

Ante las evidentes necesidades normativas en esta materia, la Corte Constitucional en sentencia C-286 de 1996 interpretando el alcance dado por el artículo 6º Superior respecto de la responsabilidad de los particulares, señaló la procedencia constitucional de que aquellos particulares que desempeñen actividades públicas sean destinatarios de un régimen disciplinario especial, debiendo el legislador regular las faltas, el procedimiento y las sanciones aplicables.

Así las cosas, y dado que conforme con el inciso 3º del artículo 123 del texto constitucional, la ley puede determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas", el legislador previó que dada la

naturaleza del encargo estatal, son destinatarios de la ley disciplinaria los particulares que cumplen labores de interventoría en los contratos estatales.

De acuerdo con lo anterior empieza a desbordarse el tema, sobre la necesidad que los particulares empiecen a responder disciplinariamente por sus actuaciones, esto será siempre y cuando desarrollen o cumplan funciones públicas.

En la misma sentencia se pronunció la Corte sobre la responsabilidad exigida a los representantes legales y a los miembros de las juntas directivas donde expreso lo siguiente: “*El establecimiento de un régimen disciplinario especial para el representante legal y los miembros de la junta directiva de las personas jurídicas a las que alude el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, parte del artículo 6 del Estatuto Superior, en virtud del cual los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido en la Constitución y las leyes, mientras que los funcionarios públicos solamente pueden realizar lo que en esos mismos ordenamientos expresamente se les atribuye*”.

En tal sentido el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 establece como sujetos disciplinables a un grupo concreto de particulares: 1) los que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; 2) quienes ejerzan funciones públicas en lo que tiene que ver con éstas; 3) los encargados de prestar servicios públicos de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución y 4) administren recursos estatales. Se establece, de igual manera, la siguiente excepción: las empresas de economía mixta que rijan por el régimen privado. A renglón seguido, el legislador dispone que cuando alguno de esos particulares sea una persona jurídica, la responsabilidad disciplinaria le será exigible al representante legal de la misma o a los miembros de su junta directiva.

Este novedoso régimen disciplinario para determinados particulares presenta, como uno de sus fundamentos, la Ley 489 del 29 de Diciembre de 1998, "*por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden*

nacional", en especial su Capítulo XVI, donde se regula lo referente al ejercicio de funciones administrativas por los particulares, las cuales, en virtud del artículo 3 de la misma ley deberán ser desarrolladas conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Precisamente con el fin de que tales principios sean respetados por los particulares es que la Ley 734 de 2002 establece la responsabilidad disciplinaria de los representantes legales de las personas jurídicas privadas y de los miembros de las juntas directivas de las mismas, dado que de no ser así habrían conductas que si bien son disciplinables, no se les podrían atribuir a ninguna persona. El establecimiento de un régimen disciplinario especial para los representantes legales y los miembros de las juntas directivas de determinadas personas jurídicas, con la prevención de unas determinadas faltas disciplinarias, se enmarca en los fines de esta disciplina jurídica, cual es garantizar el cumplimiento de unos deberes funcionales, y en tal sentido debe comprenderse el sentido del artículo 53 de la Ley 734 de 2002.

En la sentencia referida la Corte declaro la exequibilidad del inciso segundo del artículo 53 de la Ley 734, la expresión "Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva" bajo el entendido que la falta le fuera imputable a los representantes legales o miembros de las juntas directivas solo por el incumplimiento de los deberes funcionales.

Con la anterior decisión de la corte logramos determinar, que según como está definido por la Ley 734 de 2002 artículo 53, que cuando se trate de personas jurídicas de sociedades de economía mixta la responsabilidad disciplinaria esta en cabeza del representante legal y los miembros de la junta directiva, bajo el entendido mencionado anteriormente.

Continuando con los pronunciamientos de la Corte, en Sentencia C-037 de 2003, observamos que la Corte resuelve varios cuestionamientos referentes al problema en cuestión, se pronuncia sobre los particulares; considerados éstos como los trabajadores de inferior jerarquía de las sociedades de economía mixta, excluyendo al representante legal y a los miembros de la junta directiva. La corte enunció lo siguiente: “La responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado no corresponde solamente a los servidores públicos en el Estado social de Derecho. Los particulares asumen en él una serie de obligaciones y de tareas que antes cumplían de manera exclusiva y en ocasiones excluyente las autoridades estatales”.

En ese marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución establece la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas. Así, el artículo 123 superior se señala que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, al tiempo que el artículo 210 constitucional señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

Tomando en cuenta estos preceptos, la Corte ha aceptado que como expresión auténtica del principio de participación, los particulares sean encargados del ejercicio directo de funciones públicas, sean ellas judiciales o administrativas, así como que participen en actividades de gestión de esta misma índole.

Como consecuencia de lo anterior, resulta claro que la atribución de funciones administrativas a particulares debe hacerse delimitando expresamente la función atribuida, acudiendo para ello a criterios materiales, espaciales, temporales, circunstanciales, procedimentales o cualesquiera otros que resulten útiles para precisar el campo de acción de los particulares, en forma tal que la atribución no llegue a devenir en una invasión o usurpación de funciones no concedidas, a un vaciamiento del contenido de la competencia de la autoridad atribuyente o a la privatización indirecta del patrimonio público. Por ello resulta particularmente

importante que las funciones que se encomendarán a los particulares sean específicamente determinadas.

Ahora bien, como ha señalado esa Corporación, la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su estatus de particulares ni los convierte por ese hecho en servidores públicos (Sentencia C-286 de 1996 y C-181 de 2002); sin embargo, es natural que el ejercicio de dichas funciones públicas implique un incremento de los compromisos que estos adquieren con el Estado y con la sociedad.

Así, en tanto que titulares de funciones públicas, los particulares a los cuales estas se han asignado asumen las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ello comporta en materia penal, disciplinaria, fiscal o civil. (Sentencia C-563/98)

Por lo demás ha de tenerse en cuenta el evento de aquellas personas que contratan con el Estado pero sin asumir el ejercicio de funciones públicas, dado que solamente en determinados casos la ejecución de un contrato implica su ejercicio en cuanto se asuman prerrogativas propias del poder público (Sentencias C-563/98 y C-543/01)

Teniendo en cuenta las precisiones anteriores, es pertinente afirmar que es solamente en relación con el ejercicio de funciones públicas por particulares en aquellos casos que establezca y autorice la Constitución y la ley (Sentencia C-089/94) que se predica el grado especial de responsabilidad a que se ha hecho referencia.

Para finalizar con esta sentencia, se concluye que para el año de la misma (2003) el estado actual de la posición de la Corte de la cuestión analizada, responsabilidad disciplinaria de los trabajadores de las sociedades de economía

mixta, radica en determinar si ese trabajador de la sociedad de economía mixta, particular, cumple o no funciones pública.

Por último y con relación a la misma sentencia C-037 de 2003, no podemos dejar pasar la minuciosa explicación que hace la Corte sobre el concepto de función pública y funciones públicas, (Cursiva y subrayado fuera de texto) esto con el fin de entender que significa el ejercicio de la mismas y lograr determinar con seguridad cuando un particular ejerce dichas funciones y por lo cual considerarlo como sujeto disciplinable: La Constitución utiliza el término "función" para identificar las actividades del Estado, (art.113 C.P.) así como para determinar las competencias de los diferentes órganos estatales (arts 150, 241, 277 C.P. por ejemplo). Así mismo el artículo 122 señala que *"no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento"*, en tanto que el artículo 212 superior expresa que *"Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley."*

Cabe recordar, así mismo, que la Constitución califica expresamente como "funciones públicas" la administración de justicia (art. 228 C.P.) y el control fiscal (art. 267 C.P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la "función administrativa" (art. 209 C.P.) especie dentro del género función pública.

Ahora bien, como ya ha señalado esa Corporación, las actividades de los servidores públicos, propias de su cargo o destino, son por esencia y definición funciones públicas, pues están dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del Estado (Sentencia C-563/98).

Así las cosas, la noción de "función pública" atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

Al respecto la Corte ha precisado que a los particulares a quienes se ha asignado el ejercicio de funciones administrativas se aplican en relación con el cumplimiento de éstas el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos; de la misma manera sobre sus actuaciones pesa además del control especial ejercido por la autoridad titular de la función, el control de legalidad y el control fiscal en los términos del artículo 267 de la Constitución Política.

De manera general, corresponde pues al legislador señalar el régimen de incompatibilidades e inhabilidades para los particulares que vayan a desempeñar funciones públicas, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 123 y 210 de la Constitución Política.

En la Sentencia C-127 de 2003, la Corte se pronuncia sobre la responsabilidad de los representantes legales y los miembros e la junta directiva de la sociedad de economía mixta, para lo cual debe explicar la definición de las entidades descentralizadas por servicios, categoría de las empresas de económica mixta.

El análisis que se realiza respecto de la aplicación de la ley disciplinaria únicamente a los gerentes de las cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria y no a todos los funcionarios que laboran en las mencionadas entidades; la Corte a argumentado que con esta distinción no se vulnera el derecho a la igualdad. Para entender este enunciado la Corte precisa lo siguiente:

La definición de descentralización por servicios ha sido señalada por el legislador. Así, el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, define como entidades descentralizadas de orden nacional a 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 objetivo 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, estas entidades aún cuando gozan de autonomía están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

“Las cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones de participación mixta por manejar recursos públicos, mantienen un vínculo con el Estado, es decir, de manera excepcional, se rigen por normas de derecho público, a pesar de que el régimen jurídico general sea el régimen del derecho privado, pues en su creación y financiación se involucra la iniciativa y el capital privado”.

Ha de recordarse por la Corte que las entidades descentralizadas, de cualquier grado que ellas sean, se rigen por el derecho público o por el derecho privado según la naturaleza de la actividad que desarrollen, y de conformidad con lo establecido por la Ley 489 de 1998 para cada caso.

Sin embargo, en todo caso, es deber del Estado actuar para que se cumplan los fines que les fueron dados, ya sea por que es de interés público o para orientar la económica y el desarrollo social, siendo potestad del legislador evaluar la necesidad de someterlas a uno u otro régimen.

La Corte finaliza diciendo: “...el trato especial dado a los gerentes, directores o presidentes de las entidades descentralizadas, al considerarlos como empleados públicos vinculados por un régimen estatutario o reglamentario, mientras que los demás trabajadores con funciones operativas vinculados a estas entidades han sido considerados trabajadores oficiales vinculados por contratos de trabajo dentro del régimen privado. No vulnera el derecho a la igualdad. (Cursiva y subrayado fuera de

texto). La diferente naturaleza de la función que cumplen en cuanto al manejo de políticas y recursos públicos, ha justificado que se les considere servidores públicos sujetos al régimen contractual con exclusión de los demás funcionarios de las asociaciones y fundaciones de participación mixta.

En consecuencia, la Corte considera que es razonable la exclusión que se hace de los funcionarios de menor jerarquía vinculados a entidades que aunque creadas con participación mayoritaria del Estado están sujetas al derecho privado. (Cursiva y subrayado fuera de texto).

De esta sentencia si es preciso acoger el criterio de la Corte al considerar, que la responsabilidad de los representantes y miembros de la junta directiva (empleados públicos vinculados por un régimen estatutario o reglamentario), de las sociedades de economía mixta, no es la misma para los trabajadores (trabajadores oficiales vinculados por contratos de trabajo dentro del régimen privado) de menor nivel jerárquico, a los cuales no es procedente someterlo al régimen disciplinario, por el mismo hecho, estar en un nivel menor; por lo que ha considerado la Corte que no se vulnera el derecho a la igualdad bajo este entendido; ya que no se está tratando de diferenciaciones de iguales entre iguales, sino que se trata de sujetos que tienen diferente nivel jerárquico, por lo cual es procedente tratarlos de forma desigual.

Continuamos con la evolución jurisprudencial, encontrando la Sentencia C-529 de 2006, que expone como tema central el control fiscal en las sociedades de economía mixta y no al régimen jurídico (derecho público o privado) aplicable a los trabajadores de las sociedades de economía mixta que es nuestro mayor interés; por lo que se enunciaría solo lo que nos interesa; que se puede demarcar en los siguientes conceptos: “El tópico relativo a las implicaciones de índole constitucional que se generan de la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta es un tema suficientemente debatido por la jurisprudencia de esta Corporación. Sobre este particular resultan especialmente pertinentes las consideraciones hechas por la Corte en la sentencia C-629 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis. En esta ocasión, este

Tribunal declaró la exequibilidad de la norma de la Ley 80 de 1993 que hacía aplicables las reglas de la contratación pública a las sociedades mencionadas, para el caso que la participación accionaria estatal superara el 50% del capital social. Esta decisión identificó con claridad, a partir de las disposiciones constitucionales y legales aplicables tanto los elementos configurativos como las características esenciales de este tipo de entidades.

De igual manera advirtió en la citada sentencia las siguientes características particulares y definitorias de las sociedades de economía mixta:

a. Las sociedades de economía mixta son mencionadas en la Constitución a propósito de las atribuciones del legislador y de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales, en su ámbito respectivo, en torno de la configuración y desarrollo de la estructura de la administración (nacional, departamental o municipal). Es decir, configuran elementos organizativos constitucionales dentro del Estado colombiano.

b. Las sociedades de economía mixta, abstracción hecha del porcentaje del aporte estatal en el capital social, no forman parte de la rama ejecutiva del poder público.

c. 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 1998.

d. La precisión del régimen jurídico de las sociedades de economía mixta corresponde a la ley, conforme al artículo 210 de la Constitución en concordancia, primordialmente, con los artículos 150-7 y 209 de la misma.

Con base en estos supuestos, 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.”*(Cursiva fuera del texto)

Una año después la Corte vuelve a referirse sobre el tema analizado, en la Sentencia C-736 de 2007, que recopila la mayoría de pronunciamientos de la Corte relacionado con las Sociedades de Economía Mixta, esto en consideración de la solicitud del demandante de la acción de inconstitucionalidad que pone de presente la inseguridad jurídica existente sobre el tema, debido a las diferentes consideraciones que ha adoptado la Corte hasta el momento.

En esta sentencia la Corte precisa y establece 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 resultados; (ii) que están sujetas a un control político, que ejerce directamente el Congreso de la República en virtud de lo reglado por el último inciso del artículo 208 de la Constitución Política. (iii) que de conformidad con lo prescrito por el artículo 150 numeral 7, según el cual al Congreso le corresponde “*crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta*” del orden nacional, su creación o autorización tiene que producirse mediante ley. Correlativamente, en los órdenes departamental y municipal esta misma facultad se le reconoce a las asambleas y concejos, según lo prescriben lo artículos 300 numeral 78 y 313 numeral 6, respectivamente, por cual en dichos niveles las empresas de servicios públicos que asumieran la forma de sociedades de economía mixta deben ser creadas o autorizadas mediante ordenanza o acuerdo, según sea el caso; (iv) que les son aplicables las inhabilidades para la integración de órganos directivos a que aluden los artículos 180-3¹, 292² y 323³ de la Carta; (v) que en materia presupuestal quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto⁴; (vi) que en materia contable quedan sujetas a las reglas de contabilidad oficial;

¹ El artículo 180-3, prescribe que los congresistas no podrán “ser miembros de juntas o concejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel...”.

² 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”.

³ 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”:

⁴ 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”

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” 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).

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 1999,

en la cual, al examinar la constitucionalidad del artículo 97 de la Ley 489 de 1998⁵, se vertieron los siguientes conceptos:

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.”
(Negritas y subrayas fuera del original)

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.

⁵ 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.

La sentencia concluye; 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.

La última sentencia para analizar y la más reciente sobre el tema que he venido desarrollando, es la Sentencia C-338 de 2011, la cual nos va a permitir determinar cuáles son las circunstancias y situaciones jurídicas que se deben observar para determinar en qué casos los representantes legales y los miembros de la junta directivas, y los trabajadores de las sociedades de economía mixta son responsables disciplinariamente.

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

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

El análisis debe entonces centrarse en el caso de sociedades de economía mixta en las cuales la participación del Estado sea inferior al 90%, para establecer si sus trabajadores pueden o no ser sujetos del derecho disciplinario. Ello exige revisar lo dicho por la Corte sobre la responsabilidad disciplinaria de los particulares en aquellos casos en los cuales se les confía el ejercicio de una función pública. (Sentencia 280 y 286 de 1996, C -037 de 2003)

En síntesis, la evolución jurisprudencial conduce a afirmar que “el criterio esencial para determinar si un particular puede ser sujeto o no del control disciplinario, lo constituye el hecho de que este cumpla o no funciones públicas” o, en términos más generales, que “el control disciplinario fue reservado por el Constituyente para quienes cumplen de manera permanente o transitoria funciones públicas”. (Sentencia C-037 de 2003)

En cuanto a este aspecto, la jurisprudencia de la Corte llegó a estimar que cuando para el ejercicio de las funciones y actividades propias de las entidades estatales se acude a la constitución de entidades en cuyo seno concurren el Estado y los particulares, “la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su status de particulares ni los convierte por este hecho en servidores públicos”, sin perjuicio de que “el ejercicio de dichas funciones públicas implique un incremento de los compromisos que estos adquieren con el Estado y con la sociedad.”(Sentencia C-037 de 2003)

Así pues, se debe considerar cada caso específico y determinar cuál es el régimen de los respectivos servidores o trabajadores, en lugar de generalizar una categoría y pretender derivar de ella alguna posición absoluta. A título de reparo la Corte señala que, aun tratándose de los particulares que desarrollan funciones públicas, el vínculo con el Estado no surge de la misma manera en todos los casos, puesto que, en ciertas situaciones se atribuyen directamente funciones administrativas a una organización de origen privado, en otras oportunidades se

autoriza a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para que atribuyan algunas a particulares, mediante un convenio precedido de un acto administrativo y, en una tercera hipótesis, se procura la concurrencia de las entidades estatales con los particulares, merced a la formación de entidades caracterizadas por esa concurrencia, como sucede, precisamente, con las sociedades de economía mixta.

CONCLUSIONES

De los aspectos constitucionales y legales esbozados en el inicio de este trabajo, y de los pronunciamientos de la Corte en el transcurso de los años, tenemos como resultado que el estado actual del asunto permite afirmar lo siguiente:

1. La Corte Constitucional ha estimado que el legislador, al determinar el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta, debe *“adoptar el modelo institucional adecuado teniendo en cuenta aspectos específicos como la actividad que el mismo asigne”* y *“dotar a la entidad que crea del coherente régimen jurídico que permita a esta cumplir el objeto y finalidades asignadas por el propio legislador”*.

2. Podemos afirmar que *“en la medida en que la sociedad de economía mixta ostenta legalmente características, dentro de las cuales no cabe el ejercicio de función administrativa, ya que, según la misma ley, debe cumplir actividades industriales y comerciales conforme al derecho privado, no es pertinente aludir la violación de aquellos principios propios de la función administrativa por la circunstancia de que el legislador asigne a la entidad un régimen de derecho privado”* situación que dispone a los trabajadores de las sociedades de economía mixta como simple particulares.

3. Se debe entender que un trato como el que está dado hasta el momento, al régimen de sujetos disciplinables, permite inferir en un primer escenario una evidente indefinición legal del régimen aplicable a los trabajadores de las sociedades de

economía mixta en efectos disciplinarios; en una segunda postura, partiendo de la anterior, nos podemos precipitar al decir que de esta postura se desprenden posibilidades casuísticas, que dada la indefinición legal acusada, puedan desarrollar dos puestas en escena: 1. Irrespeto al principio de legalidad, juez natural y favorabilidad, que se presentaría cuando fije como sujeto disciplinario al trabajador de sociedad de economía mixta, sabiendo que el régimen aplicable naturalmente es régimen jurídico de naturaleza privada. 2. Pérdida del poder de efectividad del ejercicio del *iuspuniendi* que radica en cabeza del estado, entendiéndose que con la función desempeñada como objeto social desde las sociedades de economía mixta eventualmente se puedan encuadrar conductas ejercidas por las mismas como faltas disciplinarias, y frente a las cuales estaríamos en un escenario de imposibilidad de concreción de responsables subjetivos, es decir, impunidad disciplinaria.

4. Más allá de problemas teóricos y de técnica jurídica, de los que se ha ocupado la jurisprudencia, debemos extrapolarlos a revisar algunos efectos que trae consigo el concebir como particulares a los trabajadores oficiales de las sociedades de economía mixta. Tal como lo anunciamos en líneas atrás, en primera medida, se presenta un conflicto jurídico al entender que en últimas quien debe determinar si pasan por ser sujetos disciplinables los trabajadores de las sociedades de economía mixta, son los operadores disciplinarios en uso de una facultad discrecional como se ha entendido en muchas decisiones adoptadas por estos en el marco de las valoraciones subjetivas requeridas y exigidas en el ejercicio de la acción disciplinaria; esperando a que el legislador, quién es el único autorizado defina las reglas de juego respecto de los trabajadores de sociedades de economía mixta; y que finalmente confluyan en otorgar un trato desigual a los destinatarios de la ley disciplinaria y por ende se generen escenarios de impunidad.

5. Eventualmente puede afirmarse sobre la existencia de una violación al principio de legalidad, generada a partir de la ambigüedad legislativa que permite relativizar el ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria en dirección de los trabajadores de las sociedades de economía mixta; pues, son postulados

inamovibles del principio de legalidad (ley previa – ley cierta – ley escrita) que no confluyen en las dinámicas de aplicabilidad de las normas en revisión, artículos 25 y 53 de la ley 734 de 2002.

6. Por regla general se debe indicar que las sociedades de economía mixta están sujetas a un régimen de derecho privado, el hecho de que al legislador le corresponda definir su régimen jurídico le permite introducir “diferencias” (Corte Constitucional, Sentencia C-736 de 2007) o “salvedades a la aplicación del régimen general establecido para dichas sociedades de economía mixta” (Corte Constitucional, Sentencia C-629 de 2003). Tales diferencias o salvedades se fundan en “el porcentaje de capital público presente en dichas entidades” (Corte Constitucional, Sentencia C-736 de 2007), ya que, “en atención al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales en las empresas de economía mixta, puede el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pues es claro que para el efecto existe libertad de configuración legislativa” (Corte Constitucional, Sentencia C-953 de 1999). De lo expuesto se deduce que en materia de responsabilidad caben las excepciones al régimen de derecho privado al que se someten las sociedades de economía mixta.

7. Hoy en día en la lectura que se da a la Ley 734 de 2002, modificada por la Ley 1474 de 2011, debe interpretarse que el problema planteado anteriormente, no existe; en el entendido que en el artículo modificado (artículo 53 de la Ley 734), por el Estatuto Anticorrupción, taxativamente no consagra una exclusión de la aplicación del régimen disciplinario a las Sociedades de Economía Mixta. Sin embargo de acuerdo a un análisis jurídico podemos llegar a advertir que el estado actual pasa por ser más complejo al momento de determinar o definir si los trabajadores de la Sociedades de Economía Mixta son destinatarios de la Ley disciplinaria, en razón a que deben tenerse en cuenta algunos criterios y circunstancias modales indicados en la Sentencia C-338 de 2011, que demarcan las siguientes apreciaciones:

- Cuando las empresas de economía mixta tengan un porcentaje mayor o igual al 90% de aportes por parte del estado, sus actividades se regulan por los preceptos aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado, siendo sus empleados trabajadores oficiales. Al menos en el caso de estos últimos es claro que se trata de servidores públicos, al tenor del artículo 123 Superior y, por lo tanto, sujetos del derecho disciplinario en los términos del artículo 25 de la Ley 734 de 2002.
- Cuando el porcentaje de participación estatal en el capital social equivalga a menos del 90%, los trabajadores de las empresas de economía mixta son particulares sometidos a las reglas del derecho privado, es decir no son sujetos disciplinables. Sin embargo en virtud del artículo 53 de la ley 734 e 2002, modificado por la Ley 1474 de 2011, se debe considerar que es menester analizar cada caso específico y determinar cuando los trabajadores particulares de las sociedades de economía mixta ejercen o no funciones públicas de acuerdo al mencionado artículo; esto es identificar si estos particulares ejercen funciones públicas de manera transitoria o permanente, si administran recursos públicos u oficiales, si cumplen con funciones administrativas o actividades propias de los órganos del estado, que permitan el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; en los casos que el particular de la sociedad de economía mixta desarrolle las actividades; es indiscutiblemente sujeto disciplinable.
- Es de anotar, que cuando el sujeto disciplinable se contemple como particular en cumplimiento de funciones públicas, constituido en persona jurídica, solo serán llamados a responder el representante legal y los miembros de la junta directiva de la empresa de economía mixta; en virtud del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 modificado por la Ley 1474 de 2011.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Isaza Serrano, C.M. (2009). *Teoría General del Derecho Disciplinario*, editorial Temis S.A.

Normatividad

Colombia (1991, 20 de julio), “Constitución Política”, Bogotá D.C., Leyer, 2013.

Colombia, Congreso de la República (1971, 16 de junio), “Decreto 410 de 1971”, Bogotá D.C., Diario Oficial 33.339

Colombia, Congreso de la República (1998, 29 de diciembre), “Ley 489 de 1998”, Bogotá D.C., Diario Oficial 43.484

Colombia, Congreso de la República (2002, 5 de febrero), “Ley 734 de 2002”, Bogotá D.C., Diario Oficial 44.708

Colombia, Congreso de la República (2002, 5 de febrero), “Ley 734 de 2002”, Bogotá D.C., Diario Oficial 44.708

Colombia, Congreso de la República (2011, 12 de julio), “Ley 1474 de 2011”, Bogotá D.C., Diario Oficial 48.128

Jurisprudencia

Colombia, Corte Constitucional (1994, marzo), “Sentencia C-089”, M.P. Cifuentes Muñoz, E. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional (1996, junio), "Sentencia C-280", M.P. Martínez Caballero, A. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional (1996, julio), "Sentencia C-286", M. P. Hernández Galindo, J.E. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional (1998, mayo), "Sentencia C-563", M. P. Tafur Galvis, A. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional (1999, diciembre), "Sentencia C-953", M. P. Beltrán Sierra, A. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional (2001, mayo), "Sentencia C-543", M. P. Barrera Carbonell, A. & Gaviria Díaz, C. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional (2002, diciembre), "Sentencia C-1076", M. P. Vargas Hernández, C.I. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional (2003, julio), "Sentencia C-629", M. P. Tafur Galvis, Á. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional (2003, febrero), "Sentencia C-127", M. P. Beltrán Sierra, A. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional (2003, enero), "Sentencia C-037", M. P. Tafur Galvis, A. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional (2006, julio), "Sentencia C-529", M. P. Córdoba Triviño, J. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional (2007, septiembre), “Sentencia C-736”, M. P. Monroy Cabra, M.G. Bogotá D.C.

Colombia, Corte Constitucional (2011, mayo), “Sentencia C-338”, M. P. Mendoza Martelo, G.E. Bogotá D.C.