

CONFLICTO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS – Entre la Personería de Bogotá y la Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá / INVESTIGACION DISCIPLINARIA – Contra funcionarios de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. EEB-ESP / EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA – Naturaleza jurídica y entidad competente para adelantar procesos disciplinarios contra sus funcionarios

El problema jurídico que plantea el presente conflicto consiste en determinar cuál es la autoridad competente para investigar una posible falta disciplinaria contra un empleado vinculado a la Empresa de Energía de Bogotá –EEB-ESP. El conflicto se presenta porque según la Procuraduría General de la Nación los empleados vinculados a las empresas de economía mixta tienen la calidad de trabajadores oficiales y, como tal, de servidores públicos sujetos a la potestad disciplinaria del Estado; así, dada su condición de servidores públicos territoriales, la competencia disciplinaria para investigarlos sería de la Personería Distrital de Bogotá. Por el contrario, la Personería Distrital de Bogotá considera que los empleados de las empresas de economía mixta son particulares y, en consecuencia, no son sujetos de la potestad disciplinaria del Estado, salvo que excepcionalmente cumplan funciones públicas; sin embargo, en este evento -de que cumplieran funciones públicas-, la autoridad competente para investigarlos disciplinariamente sería exclusivamente la Procuraduría General de la Nación de acuerdo con el artículo 75 de la Ley 734 de 2002. (...) Según los documentos allegados, la Empresa de Energía de Bogotá EEB. S.A. - ESP, es una empresa de servicios públicos, constituida como sociedad anónima por acciones, conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1994. Según sus estatutos, es una sociedad con autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal y ejerce sus actividades dentro del ámbito del derecho privado como empresario mercantil de carácter sui generis, dada su función de prestación de servicios públicos domiciliarios. Adicionalmente se allega certificado de composición accionaria, según el cual la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP es una sociedad constituida con aportes estatales y capital privado, de carácter u orden distrital, en la cual los entes del Estado poseen más del cincuenta y uno por ciento (51%) de su capital social. Ahora bien, la Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, clasifica las empresas de servicios públicos. (...) La EEB. S.A. - ESP es una empresa de servicios públicos mixta, de donde resulta aplicable el artículo 41 de la citada ley 142 de 1994. (...) Como se ha indicado (i) los servidores de las empresas de servicios públicos mixtas son trabajadores particulares que se rigen por el derecho privado; (ii) la Ley 734 de 2003 solo se aplica a los particulares en los casos en que cumplan labores de interventoría o supervisión de contratos estatales, ejerzan funciones públicas de manera transitoria o permanente o administren recursos públicos (artículo 54 de la Ley 534 de 2002); (iii) la competencia para disciplinar a los particulares que se encuentren en alguno de los anteriores supuestos es exclusiva de la Procuraduría General de la Nación. Por tanto, en el caso analizado, en que se discute la competencia para determinar la posible responsabilidad disciplinaria de los trabajadores de la EEB S.A.-E.S.P, la competencia corresponde exclusivamente a la Procuraduría General de la Nación (artículo 75 de la 734 de 2002), en la medida en que la EEB S.A - E.S.P es una empresa de servicios públicos mixta cuyos servidores se rigen por el derecho privado. Esta competencia privativa de la Procuraduría General de la Nación en casos como el analizado comprende: (i) determinar si el particular es o no disciplinable por encontrarse en algunas de las hipótesis establecidas en el artículo 53 de la Ley 734 de 2011; y si es del caso, (ii) adelantar la correspondiente investigación e imponer las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 53 / LEY 734 DE 2002 – ARTICULO 75 / LEY 534 DE 2002

PERSONEROS MUNICIPALES Y DISTRITALES – Si bien cumple funciones de Ministerio Público, no pertenece orgánicamente a la Procuraduría General de la Nación / PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION Y PERSONERÍAS – Reparto de competencias

Es oportuno recordar que si bien las personerías municipales y distritales cumplen funciones de Ministerio Público y se encuentran bajo la dirección del Procurador General de la Nación (artículos 118 y 275 C.P y 169 de la Ley 136 de 1994), no pertenecen orgánicamente a la Procuraduría General de la Nación (artículo 2º Decreto 262 de 2000). Su regulación, presupuesto y vinculación especial con los municipios y distritos se encuentra regulada de manera general en la Ley 136 de 1994 (artículos 168 y s.s.) y, en lo que respecta a Bogotá, en el Decreto 1421 de 1993. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que los personeros no son funcionarios nacionales sino del orden local. (...) Como se mencionó anteriormente, de conformidad con la Constitución Política y la ley las personerías municipales y distritales ejercen funciones de Ministerio Público. En particular, sus competencias disciplinarias están reguladas en el artículo 178 de la Ley 136 de 1994. (...) La competencia disciplinaria de las personerías está circunscrita a la conducta de los servidores públicos municipales, salvo el caso de los alcaldes, concejales y contralor municipal, la cual corresponde directamente al Procurador General de la Nación. Esta regla de competencia se repite para el caso de Bogotá en el Decreto 1421 de 1993. Ahora bien, cabe señalar que esta asignación general de competencias a las personerías municipales y distritales para investigar disciplinariamente a los servidores públicos territoriales, debe interpretarse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 734 de 2002. (...) En esa medida, como ha señalado esta Sala en anteriores oportunidades, la competencia inicial para conocer las faltas disciplinarias de los servidores públicos corresponde a las oficinas de control disciplinario interno de las entidades para las cuales laboran, sin perjuicio de que la Procuraduría General de la Nación (en todo el territorio) o las personerías (en el nivel local) ejerzan su poder preferente y asuman el conocimiento de las respectivas investigaciones. De este modo, las personerías ejercen un poder disciplinario preferente sobre los servidores públicos municipales o distritales (según el caso), lo que les permite desplazar la competencia inicial que corresponde a cada entidad.

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 / DECRETO 1421 DE 1993

ESTATUTO DISCIPLINARIO – Casos en que los particulares están sujetos a tal estatuto / PARTICULARES – Excepcionalmente están sujetos al estatuto disciplinario, y en tales casos la Procuraduría General de la Nación tendrá competencia privativa para conocer de los correspondientes procesos disciplinarios.

La Sala pasa a revisar en qué casos los particulares están sujetos al poder disciplinario estatal y cuál sería la autoridad competente para adelantar las respectivas investigaciones de ser aquello procedente. En primer lugar es necesario tener en cuenta lo que establece el artículo 25 de la Ley 734 de 2002 que señala: “Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código (...)” Por su parte, el artículo 53 de la misma Ley 734 de 2002 (al que remite la norma en cita), que fue modificado por el

artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, establece los casos en que los particulares son objeto del poder disciplinario del Estado: (...). El primer inciso de este artículo identifica los tres eventos en que los particulares son disciplinables por el Estado: (i) cuando cumplen labores de interventoría o supervisión de contratos estatales; (ii) en los casos en que ejercen funciones públicas de manera transitoria o permanente (el inciso segundo se encarga definir este supuesto); y (iii) cuando administran recursos públicos (lo cual se desarrolla en el inciso tercero). De este modo, como ya había señalado la Sala en una oportunidad anterior, mientras que en el caso de los servidores públicos la regla general es la aplicabilidad del estatuto disciplinario, frente a los particulares tal sujeción es excepcional y exige la presencia de alguno de los supuestos previstos en la ley para su activación. Cabe destacar además para el caso sub examine lo dispuesto en el inciso 4º de la disposición en cita, en el cual se reitera que los particulares que prestan servicios públicos no son por regla general disciplinables salvo que “en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas”. Ahora bien, en cuanto a la competencia para el ejercicio del poder disciplinario sobre los particulares, el artículo 75 de la misma Ley 734 de 2002 señala en lo pertinente lo siguiente: “Competencia por la calidad del sujeto disciplinable. Corresponde a las entidades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios, disciplinar a sus servidores o miembros. El particular disciplinable conforme a este código lo será exclusivamente por la Procuraduría General de la Nación, salvo lo dispuesto en el artículo 59 de este código, cualquiera que sea la forma de vinculación y la naturaleza de la acción u omisión.” Se observa entonces que la ley reservó de manera exclusiva a la Procuraduría General de la Nación la competencia para disciplinar a los particulares en los casos en que la ley ha previsto dicha posibilidad.

CATEGORIA DE SERVIDOR PUBLICO – No supone la automática aplicación del régimen disciplinario contemplado en la Ley 734 de 2002

Frente al argumento de la Procuraduría en cuanto a que en la Sentencia C-338 de 2011 la Corte Constitucional habría establecido que los trabajadores de las sociedades de economía mixta son servidores públicos y que esa condición los hace sujetos pasivos de la potestad disciplinaria del Estado, la Sala observa que, efectivamente, ese era el argumento de la demanda para pedir la inexecutable parcial del anterior artículo 53 de la Ley 734 de 2002, que en uno de sus párrafos excluía del régimen disciplinario a “las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado” (...). No obstante, la fórmula planteada por el demandante y que ahora propone también la Procuraduría General de la Nación (sociedad de economía mixta = servidor público = aplicación del estatuto disciplinario), no es aceptada por la Corte Constitucional al considerar que si bien las sociedades de economía mixta forman parte del sector descentralizado por servicios y en ese sentido, desde un punto de vista general, sus trabajadores pueden ser considerados “servidores públicos”, tal circunstancia no determina necesariamente que el legislador deba someter a dichos servidores a la potestad disciplinaria del Estado; aclara la Corte que el legislador está habilitado, por la naturaleza de las actividades que desarrollan las sociedades de economía mixta, para sujetarlas al derecho privado y establecer que este sea también el régimen de sus trabajadores, inclusive en cuanto a la no aplicación del estatuto disciplinario: “...no resulta acertada la correspondencia mecánica que la demanda establece entre la categoría de servidor público y la automática aplicación del régimen disciplinario contemplado en la Ley 734 de 2002, pues la asignación del régimen por el cual ha de regularse y hacerse efectiva la responsabilidad no es una consecuencia inexorable de la calidad de servidor público, sino que obedece a las singularidades de las diversas clases de entidades descentralizadas por servicios y a la

evaluación que de esas especificidades haga el legislador, siempre de conformidad con la Carta que, como se [ha] visto, le autoriza para establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas.” Se observa entonces que la sentencia citada por la Procuraduría lejos de apoyar su argumento lo debilita, pues deja clara la facultad del legislador para sujetar al derecho privado a los trabajadores de las empresas con capital mixto y para excluirlos del campo de aplicación del estatuto disciplinario de los servidores públicos, salvo, claro está, cuando cumplan funciones administrativas.

FUENTE FORMAL: LEY 734 DE 2002

NOTA DE RELATORIA: Sobre el régimen disciplinario de los servidores públicos, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-338 de 2011.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá D.C., dos (02) de junio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00049-00(C)

Actor: PROCURADURIA SEGUNDA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA ADMINISTRATIVA

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cumplimiento de la función prevista en el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, pasa a resolver el conflicto negativo de competencias de la referencia, en relación con la entidad competente para adelantar una investigación disciplinaria contra funcionarios de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. EEB-ESP, como consecuencia de los hallazgos fiscales encontrados por la Contraloría Distrital de Bogotá D.C. para los años 2012 y 2013.

I. ANTECEDENTES

Con base en la información relacionada por las entidades de la referencia, se exponen a continuación los antecedentes que dan origen al presente conflicto:

1. La Contraloría Distrital de Bogotá D.C., dentro del Plan de Auditoría Distrital, efectuó visita a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. EEB-ESP, con el objeto de evaluar el proceso de incorporación y retiro de empleados durante el primer semestre de 2013 y evaluar la inversión de recursos en publicidad durante la vigencia 2012.

2. De la anterior visita, la Contraloría Distrital detectó tres hallazgos administrativos con “posible incidencia disciplinaria”, razón por la cual ofició a la Procuraduría General de la Nación para que iniciara la respectiva investigación (Fls. 4 a 16).

3. El 30 de julio de 2013, la Procuraduría Segunda Distrital remitió por competencia las diligencias a la Personería Distrital de Bogotá, por considerar que los artículos 2º, 3º (inciso 4º) y 69 (inciso 3º) de la Ley 734 de 2002 establecen la competencia preferente de las personerías distritales y municipales respecto de la administración distrital o municipal ante la cual ejercen como ministerio público (fl.17).

4. El 12 de junio de 2014, la Personería Distrital de Bogotá – delegada para Asuntos Disciplinarios III-, comisionó a uno de sus funcionarios para que adelantara la correspondiente investigación disciplinaria.

5. El funcionario de la Personería de Bogotá, encargado de la investigación, mediante auto remitivo 585 de 12 de junio de 2014 devolvió por competencia las diligencias a la Procuraduría General de la Nación, por las siguientes razones:

“Teniendo en cuenta que la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP es una empresa de servicios públicos mixta de carácter descentralizado del orden Distrital, se debe atender lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, según el cual “las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta ley”. La EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP está sujeta a las normas del derecho privado... Con base en lo anterior podemos concluir que este despacho no es competente para proferir ningún pronunciamiento al respecto, es así que con fundamento en las normas anteriormente enunciadas y de acuerdo a las leyes que rigen la materia; los servidores de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP por ser trabajadores privados se les aplica el Código Sustantivo del Trabajo” (fl.20 a 24)

6. El 26 de agosto de 2014 la Procuraduría Segunda Distrital devolvió nuevamente por competencia las diligencias a la Personería Distrital de Bogotá, por considerar que quienes prestan servicios a sociedades de economía mixta son servidores públicos y como consecuencia no pueden ser tenidos como particulares. Al respecto manifestó:

“En síntesis puede decirse que la razón de la devolución es la condición particular de los posibles implicados. No obstante, esta lectura no consulta la precisión que, en torno a la calidad que ostentan quienes prestan servicios a las sociedades de economía mixta, ha efectuado la jurisprudencia constitucional. Nos referimos concretamente al estudio que sobre este particular efectúa la sentencia C-338 del 2011.

En dicha providencia, entre otros aspectos que habrá de tener en cuenta si a bien lo tiene el órgano distrital del Ministerio Público al momento de profundizar en la pretensión de avanzar con la indagación, queda claro que, a pesar de la sujeción al derecho privado de las sociedades de economía mixta y de la posibilidad de contratar su personal mediante contrato de trabajo, quienes presten sus servicios a aquéllas tienen calidad de servidores públicos. Ello, teniendo en cuenta, en primer término, que el artículo 123 constitucional prescribe que son servidores públicos no solo los empleados del nivel central de la administración, sino también quienes laboran en sus entidades descentralizadas, y en segundo lugar, que los artículos 38, 68 y 97

de la Ley 489 de 1997 contemplan a las sociedades de economía mixta como entidades de tal naturaleza (descentralizadas)” (Fl. 27)

7. El 13 de noviembre de 2014 la Delegada para Asuntos Disciplinarios III de la Personería de Bogotá, promovió el conflicto negativo de competencias ante la Procuraduría General de la Nación, por las siguientes razones:

“Esta Personería no es competente para adelantar la actuación disciplinaria, basado en uno de los apartes del concepto 1192 de 1999 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, según el cual la Personería carece de competencia para abrir investigaciones respecto de las personas que laboran en EMGESA S.A. y CODENSA S.A. ESP, por tratarse de empresas de servicios públicos mixtos, sobre cuyo personal no recae su competencia disciplinaria, salvo respecto de conductas anteriores sobre las que la Personería tenga la potestad. Igualmente están excluidas las actuaciones de quienes laboran en la EEB a partir de su transformación.

(...)

Los servidores de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ por tratarse de una empresa de servicios públicos mixta, este despacho no es competente para proferir ningún pronunciamiento al respecto”. (fls.79 a 84)

8. El 19 de febrero de 2015 la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa “remitió por competencia” a la Sala de Consulta y Servicio Civil, el conflicto negativo de competencias para que este sea resuelto (Fls. 87 a 89).

II. TRÁMITE

En el folio 98 consta que se informó sobre el conflicto planteado a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. EEB ESP, a la Procuraduría General de la Nación, a la Personería de Bogotá, a la Contraloría General de la República, a la Contraloría Distrital de Bogotá, a la Procuraduría Segunda Distrital, a la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa y al doctor Henry Navarro.

Además, el conflicto de la referencia permaneció fijado mediante edicto en la Secretaría de esta Corporación por el término de cinco (5) días, con el fin de que las autoridades involucradas y los terceros interesados presentaran sus alegatos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

Los informes secretariales que obran en el expediente dan cuenta del cumplimiento del trámite ordenado por el inciso tercero del artículo 39 de la Ley 1437 de 2011.

III. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Dentro de la oportunidad correspondiente intervinieron la Contraloría de Bogotá, la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. y la Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá, quienes manifestaron lo siguiente:

1. Contraloría de Bogotá

Menciona que la Contraloría efectuó una visita fiscal a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. EEB-ESP con el objeto de evaluar el proceso de incorporación y retiro de empleados durante el primer semestre de 2013 y evaluar la inversión de recursos en publicidad durante la vigencia 2012.

Que de dicha visita, se hallaron conductas disciplinables previstas en el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002), que conllevan incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses y que obligaron dar traslado a la Procuraduría General de la Nación o al Personero, para que sean ellos quienes determinen algún tipo de responsabilidad.

Concluye que su función se limita a presentar la denuncia pero no a valorar los hechos, y que por este motivo se atiene a la decisión del Despacho (fls. 99 y 98).

2. Empresa de Energía de Bogotá

Señala que debe declararse la falta de competencia del Ministerio Público para investigar las faltas disciplinarias derivadas de la visita fiscal, porque la naturaleza de la Empresa de Energía de Bogotá es la de una sociedad por acciones, que hace parte de las empresas de servicios públicos y tiene un régimen jurídico especial previsto en la Ley 142 de 1994.

Menciona que de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 142 de 1994 los servidores de las empresas de servicios públicos privadas y mixtas tienen la calidad de trabajadores particulares sometidos a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994.

Considera que la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP es una empresa de servicios públicos mixta, y le es aplicable la regla del artículo 41 de la Ley 142 de 1994 y en consecuencia todos sus servidores, incluyendo los directivos son clasificados como trabajadores particulares con vínculos laborales sometidos a las reglas del Código Sustantivo del Trabajo.

Afirma que en la sentencia C-037 de 2003 de la Corte Constitucional, se señala que cuando un particular preste un servicio público, solo es disciplinable cuando *“ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado y éstas sean asignadas explícitamente por el legislador”*.

Sostiene que de acuerdo con la jurisprudencia los particulares que prestan servicios públicos no son disciplinables, salvo que en la prestación del servicio público ejerzan funciones públicas; por tanto, las actuaciones de los servidores de EEB no son expresión del ejercicio de función pública y sus actos no están sometidos a control disciplinario.

Concluye que la Personería carece de competencia para adelantar la investigación disciplinaria, con fundamento en el concepto de 5 de agosto de 1999 proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, que trata sobre el régimen de transformación, las normas aplicables en materia laboral, disciplinaria y del derecho de petición que rigen a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. (fls.104 a 106).

3. Procuraduría General de la Nación (Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá)

Señala que no puede confundirse las nociones de contrato de trabajo con la calidad de particular, pues los trabajadores oficiales suscriben contrato de trabajo y tienen la calidad de servidores públicos.

Sostiene que de acuerdo con la Sentencia C-338 de 2011, quienes prestan servicios en una sociedad de economía mixta hacen parte de la administración pública descentralizada y tienen la calidad de servidores públicos.

Concluye que al tratarse de servidores públicos no “*cabe la aplicación de la regla de competencia exclusiva frente a los particulares del artículo 75 del C.U.D.*”; por tanto, al no tratarse de particulares no opera la competencia de la Procuraduría sino de la Personería Distrital. (fl.159 a161).

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, relaciona, entre las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la siguiente:

“... 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.”

Así mismo, dentro del procedimiento general administrativo, el inciso primero del artículo 39 del código en cita también estatuye:

“Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional... En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales... conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.”

Como se evidencia del análisis de los antecedentes expuestos, el conflicto de competencias se ha planteado entre dos autoridades, una del orden nacional, la Procuraduría General de la Nación y otra del orden distrital, la Personería Distrital de Bogotá.

En este aspecto es oportuno recordar que si bien las personerías municipales y distritales cumplen funciones de Ministerio Público y se encuentran bajo la dirección del Procurador General de la Nación (artículos 118 y 275 C.P y 169 de la Ley 136 de 1994), no pertenecen orgánicamente a la Procuraduría General de la Nación (artículo 2º Decreto 262 de 2000). Su regulación, presupuesto y vinculación especial con los municipios y distritos se encuentra regulada de manera general en la Ley 136 de 1994 (artículos 168 y s.s.) y, en lo que respecta a Bogotá, en el Decreto 1421 de 1993. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que los personeros no son funcionarios nacionales sino del orden local:

“El personero municipal, aun cuando puede considerarse como agente del Ministerio Público, en el sentido de que actúa o funge como tal al desarrollar funciones que pertenecen a la órbita de dicha institución, no es en sentido

*estricto y en los términos de los artículos 277 y 280 de la Constitución delegado inmediato, como lo son los procuradores delegados, ni agente permanente del Procurador General de la Nación ante las autoridades jurisdiccionales, no pertenece ni orgánica ni jerárquicamente a la estructura de la Procuraduría General de la Nación ni a la planta de personal de la misma; es un funcionario del orden municipal (...)*¹

De otra parte, el asunto discutido es de naturaleza administrativa y versa sobre un punto particular y concreto, consistente en determinar cuál es la autoridad competente para iniciar un proceso disciplinario contra un empleado vinculado a una empresa de servicios públicos mixta, en este caso la Empresa de Energía de Bogotá.

Se concluye, por tanto, que la Sala es competente para dirimir el presente conflicto.

2. Problema jurídico

Como ha quedado señalado, el problema jurídico que plantea el presente conflicto consiste en determinar cuál es la autoridad competente para investigar una posible falta disciplinaria contra un empleado vinculado a la Empresa de Energía de Bogotá –EEB-ESP.

El conflicto se presenta porque según la Procuraduría General de la Nación los empleados vinculados a las empresas de economía mixta tienen la calidad de trabajadores oficiales y, como tal, de servidores públicos sujetos a la potestad disciplinaria del Estado; así, dada su condición de servidores públicos territoriales, la competencia disciplinaria para investigarlos sería de la Personería Distrital de Bogotá.

Por el contrario, la Personería Distrital de Bogotá considera que los empleados de las empresas de economía mixta son particulares y, en consecuencia, no son sujetos de la potestad disciplinaria del Estado, salvo que excepcionalmente cumplan funciones públicas; sin embargo, en este evento -de que cumplieran funciones públicas-, la autoridad competente para investigarlos disciplinariamente sería exclusivamente la Procuraduría General de la Nación de acuerdo con el artículo 75 de la Ley 734 de 2002.

Para resolver este conflicto, la Sala revisará entonces: (i) reparto general de competencias entre la Procuraduría General de la Nación y las Personerías, en particular la competencia exclusiva de la Procuraduría General de la Nación para investigar a particulares que cumplan funciones públicas; y (ii) la naturaleza jurídica de la Empresa de Energía de Bogotá y el régimen aplicable a sus empleados. Con base en lo anterior se resolverá el presente conflicto de competencias.

3. Reparto general de competencias entre la Procuraduría General de la Nación y las personerías

3.1 Reparto general

¹ Sentencia C-223 de 1995, reiterada entre otras en Sentencia T-932 de 2012.

Como se mencionó anteriormente, de conformidad con la Constitución Política² y la ley³ las personerías municipales y distritales ejercen funciones de Ministerio Público. En particular, sus competencias disciplinarias están reguladas de la siguiente manera en el artículo 178 de la Ley 136 de 1994 así:

“Artículo 178. Funciones. El Personero ejercerá en el municipio, bajo la dirección suprema del Procurador General de la Nación, las funciones del Ministerio Público, además de las que determine la Constitución, la Ley, los Acuerdos y las siguientes:

4. Ejercer vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales; ejercer preferentemente la función disciplinaria respecto de los servidores públicos municipales; adelantar las investigaciones correspondientes acogiéndose a los procedimientos establecidos para tal fin por la Procuraduría General de la Nación, bajo la supervigilancia de los procuradores provinciales a los cuales deberán informar de las Investigaciones.

Las apelaciones contra las decisiones del personero en ejercicio de la función disciplinaria, serán competencia de los procuradores departamentales.

Parágrafo 3o. Así mismo, para los efectos del numeral 4o. del presente artículo, el poder disciplinario del personero no se ejercerá respecto del alcalde, los concejales y el contralor municipal. Tal competencia corresponde a la Procuraduría General de la Nación que discrecionalmente la puede delegar en los personeros.”

Como se observa, la competencia disciplinaria de las personerías está circunscrita a la conducta de *los servidores públicos municipales*, salvo el caso de los alcaldes, concejales y contralor municipal, la cual corresponde directamente al Procurador General de la Nación.

Esta regla de competencia se repite para el caso de Bogotá en el Decreto 1421 de 1993, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo.- 100. Veedor ciudadano. Son atribuciones del personero como veedor ciudadano:

8ª Vigilar la conducta oficial de los ediles, empleados y trabajadores del Distrito, verificar que desempeñen cumplidamente sus deberes, adelantar las

² ARTICULO 118. El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.

³ Artículo 69 de la Ley 136 de 1994: “Corresponde al personero municipal o distrital en cumplimiento de sus funciones de Ministerio Público la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas.”

investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones que fueren del caso todo de conformidad con las disposiciones vigentes.”

Ahora bien, cabe señalar que esta asignación general de competencias a las personerías municipales y distritales para investigar disciplinariamente a los servidores públicos territoriales, debe interpretarse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 734 de 2002 que disponen lo siguiente:

Artículo 2º. Titularidad de la acción disciplinaria. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

En esa medida, como ha señalado esta Sala en anteriores oportunidades⁴, la competencia inicial para conocer las faltas disciplinarias de los servidores públicos corresponde a las oficinas de control disciplinario interno de las entidades para las cuales laboran, sin perjuicio de que la Procuraduría General de la Nación (en todo el territorio) o las personerías (en el nivel local) ejerzan su poder preferente y asuman el conocimiento de las respectivas investigaciones:

“Artículo 3º. Poder disciplinario preferente. La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia.

En virtud de la misma potestad, mediante decisión motivada, de oficio o a petición de cualquier persona, podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan internamente en las demás dependencias del control disciplinario. También se procederá en la misma forma cuando se desprenda del conocimiento de un proceso (...)

Las personerías municipales y distritales tendrán frente a la administración poder disciplinario preferente.”

De este modo, las personerías ejercen un poder disciplinario preferente sobre los servidores públicos *municipales o distritales* (según el caso), lo que les permite desplazar la competencia inicial que corresponde a cada entidad.

3.2 La sujeción de los particulares al estatuto disciplinario (casos excepcionales en que opera): competencia exclusiva de la Procuraduría General de la Nación para su investigación

Establecida la competencia de las personerías sobre los servidores públicos territoriales, la Sala pasa a revisar ahora en qué casos los particulares están sujetos al poder disciplinario estatal y cuál sería la autoridad competente para adelantar las respectivas investigaciones de ser aquello procedente.

⁴ Ver por ejemplo providencia del 5 de mayo de 2015, expediente 11001-03-06-000-2015-00012-00, conflicto de competencias administrativas entre la Subdirección de Gestión de Control Disciplinario Interno de la DIAN y la Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC.

En primer lugar es necesario tener en cuenta lo que establece el artículo 25 de la Ley 734 de 2002 que señala:

“Artículo 25. Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código (...).”

Por su parte, el artículo 53 de la misma Ley 734 de 2002 (al que remite la norma en cita), que fue modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, establece lo siguiente sobre los casos en que los particulares son objeto del poder disciplinario del Estado:

“Artículo 53. Sujetos disciplinables. *El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.*

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.” (Se resalta)

Como se observa, el primer inciso de este artículo identifica los tres eventos en que los particulares son disciplinables por el Estado: (i) cuando cumplen labores de interventoría o supervisión de contratos estatales; (ii) en los casos en que ejercen funciones públicas de manera transitoria o permanente (el inciso segundo se encarga definir este supuesto); y (iii) cuando administran recursos públicos (lo cual se desarrolla en el inciso tercero).

De este modo, como ya había señalado la Sala en una oportunidad anterior⁵, mientras que en el caso de los servidores públicos la regla general es la aplicabilidad del estatuto disciplinario, frente a los particulares tal sujeción es

⁵ Providencia del 6 de agosto de 2014, expediente 2014-00117.

excepcional y exige la presencia de alguno de los supuestos previstos en la ley para su activación.

Cabe destacar además para el caso *sub examine* lo dispuesto en el inciso 4º de la disposición en cita, en el cual se reitera que los particulares que prestan servicios públicos no son por regla general disciplinables salvo que “*en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas*”.

Ahora bien, en cuanto a la competencia para el ejercicio del poder disciplinario sobre los particulares, el artículo 75 de la misma Ley 734 de 2003 señala en lo pertinente lo siguiente:

“Artículo 75. Competencia por la calidad del sujeto disciplinable. *Corresponde a las entidades y órganos del Estado, a las administraciones central y descentralizada territorialmente y por servicios, disciplinar a sus servidores o miembros.*

El particular disciplinable conforme a este código lo será exclusivamente por la Procuraduría General de la Nación, salvo lo dispuesto en el artículo 59 de este código, cualquiera que sea la forma de vinculación y la naturaleza de la acción u omisión.”

Se observa entonces que la ley reservó de manera exclusiva a la Procuraduría General de la Nación la competencia para disciplinar a los particulares en los casos en que la ley ha previsto dicha posibilidad.

Cabe resaltar también que esta competencia privativa de la Procuraduría General de la Nación comprende necesariamente:

- (i) la determinación de si el particular de que se trate es o no disciplinable por encontrarse en algunas de las hipótesis establecidas en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 anteriormente citado; y
- (ii) cuando sea del caso (si se trata de un particular que cumple funciones administrativas) adelantar la respectiva investigación y, si es pertinente, imponer las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar.

Visto este reparto general de competencias entre las personerías y la Procuraduría General de la Nación, pasa a revisarse si en el caso de los empleados de la EEB. S.A. E.S.P, nos encontramos frente a servidores públicos territoriales disciplinables por las primeras o frente a trabajadores particulares que solo podría investigar la segunda.

4. Naturaleza jurídica de la Empresa de Energía de Bogotá.

Según los documentos allegados, la Empresa de Energía de Bogotá EEB. S.A. - ESP⁶, es una empresa de servicios públicos, constituida como sociedad anónima por acciones, conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1994. Según sus estatutos, es una sociedad con autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal y ejerce sus actividades dentro del ámbito del derecho privado como empresario mercantil de carácter sui generis, dada su función de prestación de servicios públicos domiciliarios.

⁶ Certificado de cámara de Comercio y Escritura Pública 3.940 del 7 de diciembre de 2011 (fls. 107 a 124)

Adicionalmente se allega certificado de composición accionaria (fl.125), según el cual la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP es una sociedad constituida con aportes estatales y capital privado, de carácter u orden distrital, en la cual los entes del Estado poseen más del cincuenta y uno por ciento (51%) de su capital social.

Ahora bien, la Ley 142 de 1994, *“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*, clasifica las empresas de servicios públicos así:

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

14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”.

Se observa entonces que la EEB. S.A. - ESP es una empresa de servicios públicos mixta, de donde resulta aplicable el artículo 41 de la citada ley, en lo relacionado con el régimen laboral de sus trabajadores:

“Artículo 41. Aplicación del Código Sustantivo del Trabajo. Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta Ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta Ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17o., se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968”.

Precisamente, con base en lo anterior, esta Sala ya se había pronunciado sobre la naturaleza jurídica del régimen laboral de la EEB. S.A. - ESP y la no aplicación a sus trabajadores del estatuto disciplinario de los servidores públicos:

“Los destinatarios principales del régimen disciplinario son los servidores públicos; sin embargo la Constitución Política prevé diversas formas de vinculación de los particulares en la gestión de los asuntos públicos y en particular en materia de servicios públicos; por ello no pierden la condición de particulares y tampoco significa que el cumplimiento de tales funciones o la prestación de servicios públicos genere el efecto de despojar al Estado de los necesarios controles sobre su prestación y del ejercicio de las responsabilidades que le son propias (...)

Como consecuencia de la normatividad jurídica vigente y de la decisión de la Corte sobre la disposición especial que regula las relaciones laborales en las empresas de servicios públicos, puede concluirse la existencia de tres regímenes, a saber:

5.1. El aplicable a las personas que presten sus servicios laborales a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, o sea, en las que exista participación de capital privado y estatal. Tienen el carácter de trabajadores particulares y están sometidas al Código Sustantivo del Trabajo.

*Esta es la situación de los trabajadores de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP y de las empresas CODENSA S.A. ESP y EMGESA S.A. ESP, porque son empresas de servicios públicos mixtas; en consecuencia sus gerentes son particulares. (...)*⁷. (Negrilla original)

Lo anterior queda ratificado con la Sentencia C-037 de 2003, en la cual se revisó la constitucionalidad de una expresión del anterior artículo 53 de la Ley 734 de 2002 que sujetaba a todos los prestadores de servicios públicos al estatuto disciplinario, la cual fue declarada exequible pero de manera condicionada, "en el sentido de que el particular que preste el servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el legislador". Al respecto la referida sentencia indicó:

"De la evolución jurisprudencial que se ha destacado, se desprende entonces 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.

A ello cabría agregar que una lectura sistemática de la Constitución (arts. 118, 123, 124, 256-3 y 277-5 y 6) lleva precisamente a la conclusión de que el control disciplinario fue reservado por el Constituyente para quienes cumplen de manera permanente o transitoria funciones públicas (...)

Es decir que el ámbito del control disciplinario establecido por la Constitución se encuentra claramente delimitado por el ejercicio de funciones públicas sean ellas ejercidas por servidores públicos (arts. 123-1y2, 124 C.P.) o excepcionalmente por particulares (art. 123-3, 116-3, 210-2, 267-2)."

De esta manera, establecido que el poder disciplinario está reservado para quienes cumplan funciones públicas de manera permanente o transitoria, la misma Corte Constitucional aclaró que el servicio público se manifiesta en el ofrecimiento de prestaciones y servicios a la sociedad, pero no comporta per se el cumplimiento de una función pública:

"Las anteriores referencias permiten señalar que no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público. El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado (...)

⁷ Concepto 1192 de 1999. Ver también Concepto 898 de 1996: "1.4. Régimen disciplinario de los particulares que laboran en las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas y privadas. En relación con las conductas que aparecen regladas y sancionadas en el Código Disciplinario, los particulares vinculados laboralmente a las empresas de servicios públicos domiciliarios no pueden ser investigados y menos sancionados. Es necesario que exista una ley que expresamente establezca un régimen que consagre las faltas que pueden imputarse a las personas en dicha situación, estatuya las reglas procesales aplicables y las pertinentes sanciones."

En el caso de un particular que presta un servicio público la Corte ha precisado que éste se encuentra sometido al régimen especial fijado por el legislador para la prestación del servicio público de que se trate, así como al control y vigilancia del Estado. Ello no implica, sin embargo, que ese particular por el simple hecho de la prestación del servicio público se encuentre sometido al régimen disciplinario (...)

El particular que presta dicho servicio si bien se encuentra sometido a la regulación y control del Estado para asegurar el cumplimiento de los fines que en este campo ha señalado el Constituyente (arts. 67 a 71 C.P.), no cumple una función pública objeto de control disciplinario.”⁸

Lo anterior explica entonces el condicionamiento fijado en la sentencia analizada y que hoy se encuentra en el artículo 53 de la Ley 734 de 2003 (después de la reforma introducida por la Ley 1474 de 2011), en cuanto a que, tal como ya se indicó, los particulares que prestan servicios públicos solo son objeto de la potestad disciplinaria del Estado *cuando desempeñen funciones públicas*.

5. El caso analizado

Como se ha indicado (i) los servidores de las empresas de servicios públicos mixtas son trabajadores particulares que se rigen por el derecho privado; (ii) la Ley 734 de 2003 solo se aplica a los particulares en los casos en que cumplan labores de interventoría o supervisión de contratos estatales, ejerzan funciones públicas de manera transitoria o permanente o administren recursos públicos (artículo 54 de la Ley 534 de 2002); (iii) la competencia para disciplinar a los particulares que se encuentren en alguno de los anteriores supuestos es exclusiva de la Procuraduría General de la Nación.

Por tanto, en el caso analizado, en que se discute la competencia para determinar la posible responsabilidad disciplinaria de los trabajadores de la EEB S.A.-E.S.P, la competencia corresponde exclusivamente a la Procuraduría General de la Nación (artículo 75 de la Ley 734 de 2002), en la medida en que, como se analizó, la EEB S.A - E.S.P es una empresa de servicios públicos mixta cuyos servidores se rigen por el derecho privado.

Como quedó dicho (infra 3.2) esta competencia privativa de la Procuraduría General de la Nación en casos como el analizado comprende:

- (i) determinar si el particular es o no disciplinable por encontrarse en algunas de las hipótesis establecidas en el artículo 53 de la Ley 734 de 2011; y si es del caso,
- (ii) adelantar la correspondiente investigación e imponer las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar.

Debe aclararse que sobre ninguno de estos dos aspectos puede pronunciarse la Sala, pues su función en materia de definición de conflictos de competencias administrativas se limita a determinar la autoridad competente para resolver una determinada actuación sin que le sea posible hacer un pronunciamiento de fondo sobre el asunto debatido. Por tanto, así como no le corresponde a la Sala señalar si se debe absolver al investigado o imponer una u otra sanción, tampoco podría

⁸ Sentencia C-037 de 2003.

analizar en casos como el debatido si el asunto es o no investigable disciplinariamente por existir o no un particular en ejercicio de funciones administrativas. Una y otra determinación son propias del ámbito de competencias que el artículo 75 de la Ley 734 de 2002 le asigna a la Procuraduría General de la Nación, según ya se explicó.

Ahora bien, frente al argumento de la Procuraduría en cuanto a que en la Sentencia C-338 de 2011 la Corte Constitucional habría establecido que los trabajadores de las sociedades de economía mixta son *servidores públicos* y que esa condición los hace *sujetos pasivos de la potestad disciplinaria del Estado*, la Sala observa que, efectivamente, ese era el argumento de la demanda para pedir la inexecutable parcial del anterior artículo 53 de la Ley 734 de 2002, que en uno de sus párrafos excluía del régimen disciplinario a “las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado”:

“Fundándose en que las personas naturales que prestan sus servicios en las sociedades de economía mixta son servidores públicos, la demandante estima que se les debe aplicar el régimen disciplinario previsto en la Ley 734 de 2002 y que, por consiguiente, es inconstitucional la exclusión de “las empresas de economía mixta que se rijan por el derecho privado” del conjunto de sujetos disciplinables contemplado en el artículo 53 de la ley citada, por contrariar el artículo 123 que les otorga la categoría de servidores públicos y el artículo 13 superior, en la medida en que sin justificación atendible les otorga un trato diferenciado a quienes laboran en las sociedades de economía mixta.

En contra de la posición esgrimida en la demanda se suele invocar la vinculación de los trabajadores a las sociedades de economía mixta mediante un régimen de derecho privado, pero la actora insiste en la condición de servidores públicos y en su fundamento constitucional y el señor Procurador General de la Nación avala en parte su criterio, por considerar que “la aplicación del derecho disciplinario surge a partir del ejercicio de la función y no del vínculo”, de manera que el servidor público, en cuanto titular genérico de funciones públicas, queda sometido al régimen disciplinario, mientras que la responsabilidad del particular que no es servidor público “se funda en un factor objetivo y material”, cual es “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”⁹.

No obstante, la fórmula planteada por el demandante y que ahora propone también la Procuraduría General de la Nación (sociedad de economía mixta= servidor público= aplicación del estatuto disciplinario), no es aceptada por la Corte Constitucional al considerar que si bien las sociedades de economía mixta forman parte del sector descentralizado por servicios y en ese sentido, desde un punto de vista general, sus trabajadores pueden ser considerados “servidores públicos”, tal circunstancia no determina necesariamente que el legislador deba someter a dichos servidores a la potestad disciplinaria del Estado; aclara la Corte que el legislador está habilitado, por la naturaleza de las actividades que desarrollan las sociedades de economía mixta, para sujetarlas al derecho privado y establecer que este sea también el régimen de sus trabajadores, inclusive en cuanto a la no aplicación del estatuto disciplinario:

⁹ Sentencia C-338 de 2011.

“Fluye de lo hasta aquí considerado que al establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas por servicios y al definir lo concerniente a la responsabilidad de sus trabajadores, el legislador puede tener en cuenta las características propias de cada tipo de entidad y las diferencias existentes entre ellas y que, por lo mismo, la pretensión de la actora en el sentido de que se aplique el régimen disciplinario a todos los servidores públicos, incluidos los que laboran en las sociedades de economía mixta, resulta excesiva, pues desconoce los caracteres propios de cada entidad, la potestad de configuración del legislador para definir el correspondiente régimen jurídico y, por consiguiente, lo relativo a la responsabilidad y también desconoce que, conforme se ha explicado, el concepto de servidor público es genérico y comprende varias especies, entre las cuales se encuentra el trabajador de las sociedades de economía mixta, vinculado a ellas mediante un régimen de derecho privado.

*Entonces, no resulta acertada la correspondencia mecánica que la demanda establece entre la categoría de servidor público y la automática aplicación del régimen disciplinario contemplado en la Ley 734 de 2002, **pues la asignación del régimen por el cual ha de regularse y hacerse efectiva la responsabilidad no es una consecuencia inexorable de la calidad de servidor público, sino que obedece a las singularidades de las diversas clases de entidades descentralizadas por servicios y a la evaluación que de esas especificidades haga el legislador, siempre de conformidad con la Carta que, como se [ha] visto, le autoriza para establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas.**” (Se resalta)¹⁰*

Se observa entonces que la sentencia citada por la Procuraduría lejos de apoyar su argumento lo debilita, pues deja clara la facultad del legislador para sujetar al derecho privado a los trabajadores de las empresas con capital mixto y para excluirlos del campo de aplicación del estatuto disciplinario de los servidores públicos, salvo, claro está, cuando cumplan funciones administrativas.

En cualquier caso, la asimilación que hace la Procuraduría entre sociedades de economía mixta y empresas de servicios públicos mixtas tampoco es posible, pues como lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-736 de 2007, el legislador puede establecer diferentes regímenes y formas organizacionales para las entidades del Estado, tal como lo hizo en la Ley 142 de 1994 al fijar las particularidades que gobiernan a las empresas de servicios públicos con participación estatal:

*“5.2.1 Según se dijo *ad supra*, esta Corporación definió que el elemento determinante del concepto de sociedad de economía mixta es la participación económica tanto del Estado como de los particulares, en cualquier proporción, en la conformación del capital de una sociedad. En este sentido, como se recordó anteriormente, la Corte ha afirmado que *“esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los**

¹⁰ Sentencia C-338 de 2011: Así, concluye la sentencia: “Analizadas las características de las sociedades de economía mixta, la Corte encuentra que la exclusión de aquellas que se rijan por el régimen privado del conjunto de sujetos disciplinables definido en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 no resulta contraria al artículo 123 de la Constitución, pues es acorde con el régimen jurídico que según el artículo 210 superior le corresponde establecer al legislador y, en materia de responsabilidad, con la facultad legislativa expresamente prevista en el artículo 124 de la Carta Fundamental.”

particulares". Y en el mismo orden de ideas, en la misma providencia en cita agregó que *"lo que le da esa categoría de "mixta" (a la sociedad) es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares"*.

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

Ahora bien, dentro de esa categoría especial diseñada por el legislador y llamada *"empresa de servicios públicos"*, resulta obvio que la ley puede establecer diferencias de regulación que atiendan a distintos factores o criterios de distinción, uno de los cuales puede ser el porcentaje de la participación accionaria pública presente en las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones. Estas diferencias de régimen están constitucionalmente justificadas, en cuanto hacen posibles las condiciones jurídicas que favorecen la asociación de los particulares con el Estado a fin a lograr la adecuada prestación de los servicios públicos".

Por todo lo anterior, el asunto será remitido a la Procuraduría General de la Nación -Procuraduría Segunda Distrital- para lo de su competencia, teniendo en cuenta, como se dijo, que el artículo 75 de la Ley 734 de 2002 le asigna la competencia exclusiva para determinar la eventual responsabilidad disciplinaria de los particulares en el caso de que llegaran a ejercer función administrativa.

6. Definición de competencia y términos legales

El procedimiento especialmente regulado en el artículo 39 de la Ley 1437 de 2011, para que la Sala de Consulta y Servicio Civil decida los conflictos de competencias que pudieren ocurrir entre autoridades administrativas, obedece a la necesidad de definir en toda actuación administrativa la cuestión preliminar de la competencia. Puesto que la Constitución prohíbe a las autoridades actuar sin competencia, so pena de incurrir en responsabilidad por extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6o.), y el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 prevé que la expedición de actos administrativos sin competencia dará lugar a su nulidad, mientras no se determine cuál es la autoridad obligada a conocer y resolver, no corren los términos previstos en las leyes para que decidan los correspondientes asuntos administrativos.

Debido a estas razones, de orden constitucional y legal, los términos a que están sujetas las autoridades para cumplir oportunamente sus funciones tampoco corren hasta tanto la Sala de Consulta y Servicio Civil dirime la cuestión de la competencia. De ahí que, conforme al artículo 39 del CPACA, mientras se resuelve el conflicto, los términos para resolver los derechos de petición a que se

refiere el artículo 14 se suspenderán.¹¹ En el mismo sentido el artículo 33 del CCA, vigente en la actualidad, relativo al funcionario incompetente dispone que “el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término (10 días), al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en (10 días).”

También es el motivo por el cual, cuando se tramiten impedimentos o recusaciones, circunstancia que deja en suspenso la competencia del funcionario concernido, el artículo 12 del CPACA establece que “[l]a actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida”.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, en la parte resolutive se declarará que, en el presente asunto, los términos que se hallaren suspendidos se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que la presente decisión sea comunicada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR a la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá- competente para determinar si se dan los presupuestos establecidos en el artículo 53 de la Ley 732 de 2002 para iniciar y adelantar hasta su finalización la investigación disciplinaria originada en la Visita Fiscal adelantada por la Contraloría Distrital de Bogotá a la Empresa de Energía de Bogotá EEB. S.A. – ESP, para los años 2012 y 2013.

SEGUNDO: ENVIAR la actuación a la Procuraduría General de la Nación - Procuraduría Segunda Distrital de Bogotá para lo de su competencia.

TERCERO: COMUNICAR la presente decisión a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. EEB ESP, a la Procuraduría General de la Nación, a la Personería de Bogotá, a la Contraloría General de la República, a la Contraloría Distrital de Bogotá, a la Procuraduría Segunda Distrital, a la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa y al doctor Henry Navarro.

CUARTO: Los términos legales a que esté sujeta la actuación administrativa en referencia se reanudarán o empezarán a correr a partir del día siguiente a aquel en que se comunique la presente decisión.

La anterior decisión se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

¹¹ La remisión al artículo 14 del CPACA ha de entenderse que se refiere a los artículos 6º, 22 y 25 del Decreto Ley 01 de 1984, anterior Código Contencioso Administrativo – CCA. En aplicación del concepto No. 2243 emitido por la Sala el 28 de enero de 2015 que dispuso “*De esta manera, la Sala concluye que, a partir del 1º de enero de 2015, revivieron los capítulos II, III, IV, V, VI y las normas pertinentes del capítulo VIII del CCA, denominados “Del derecho de petición en interés general”, “Del derecho de petición en interés particular”, “Del derecho de petición de informaciones”, “Del derecho de formulación de consultas”, “De las actuaciones administrativas iniciadas en cumplimiento de un deber legal” y “Normas comunes a los capítulos anteriores”, respectivamente, interpretados conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre tales materias.*”

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala