



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: GERMÁN BULA ESCOBAR (E)

Bogotá D.C., ocho (8) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación No.2254

Expediente: 11001-03-06-000-2015-00068-00

Referencia: Adjudicación de bienes baldíos a entidades de derecho público para la prestación de servicios públicos. Sociedades de economía mixta como entidades de derecho público.

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural consulta a esta Sala sobre la posibilidad de que sociedades de economía mixta como ECOPETROL, ISAGEN y CENIT, sean adjudicatarias de terrenos baldíos para la construcción de infraestructura de servicios públicos y de interés general.

I. ANTECEDENTES

Según el organismo consultante el asunto que se pone a consideración de la Sala tiene los siguientes antecedentes:

1. El artículo 68 de la Ley 160 de 1994, por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria, permite hacer adjudicaciones de bienes baldíos a favor de ***“entidades de derecho público para la construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos, o cuyas actividades hayan sido declaradas por la ley como de utilidad pública o interés social”***.

2. La consulta indica que en relación con el referido artículo no existe claridad sobre el alcance de las expresiones (i) *“entidades de derecho público”* y (ii) *“instalación o dotación de servicios públicos”*, en particular sobre su aplicación a ECOPETROL, CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S e ISAGEN S.A. E.S.P., todas estas sociedades con participación estatal pero regidas por el derecho privado.

3. De acuerdo con la consulta, la Oficina Jurídica del INCODER ha rendido concepto favorable en relación con ECOPETROL e ISAGEN (posibilidad de ser consideradas entidades de derecho público para efectos de ser adjudicatarias de baldíos), no obstante lo cual se requiere el concepto de esta Sala *“teniendo en cuenta las interpretaciones que puede suscitar la aplicación del artículo 68 de la Ley 160 de 1994, en especial en cuanto se refiere a ‘entidades de derecho público’ y a la construcción de obras de infraestructura ‘destinadas a la instalación y dotación de servicios públicos (...)’”*

Con base en lo anterior, **SE PREGUNTA:**

1. *Para los efectos del artículo 68 de la Ley 160 de 1994, ¿qué se entiende por “entidades de derecho público” y por “instalación o dotación de servicios públicos”?*
2. *¿Las sociedades de economía mixta cuya participación estatal sea inferior al 90% pueden ser sujetos de adjudicación de predios baldíos, cuando se den los supuestos establecidos en el artículo 68 de la Ley 160 de 1994?*
3. *¿Son sujetos de adjudicación de predios baldíos las sociedades creadas como filiales, o bajo cualquier otra denominación, por parte de sociedades de economía mixta cuya participación estatal sea inferior al 90%?*
4. *¿Son sujetos de adjudicación de predios baldíos las sociedades creadas como filiales, o bajo cualquier otra denominación, por parte de sociedades de economía mixta cuya participación estatal sea inferior al 90% y con participación en la creación de la filial por parte de personas privadas?*
5. *¿Son específicamente sujetos de adjudicación de predios baldíos ISAGEN S.A. E.S.P., ECOPETROL S.A. y CENIT S.A.S.?*

II. CONSIDERACIONES

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

De acuerdo con lo expuesto en los antecedentes, la Sala debe resolver los siguientes problemas jurídicos que plantea la presente consulta:

- a. Determinar lo que en el contexto del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 significa la expresión *“entidad de derecho público”*, con el fin de

establecer si las sociedades de economía mixta con capital estatal inferior al 90%, en particular ECOPETROL, CENIT e ISAGEN, pueden ser adjudicatarias de bienes baldíos.

- b. Establecer el alcance que en la misma disposición legal debe darse a la expresión *“instalación o dotación de servicios públicos”*.

Para resolver lo anterior, la Sala revisará en su orden los siguientes asuntos: (i) el contenido general del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 y las condiciones en que opera la adjudicación de bienes baldíos destinados a mejorar la infraestructura de servicios públicos del país; (ii) el concepto de entidad de derecho público desde el punto de vista general de la estructura del Estado y desde la perspectiva particular de la norma analizada; y (iii) el concepto de servicio público y de obras de instalación y dotación de los mismos.

B. EL ARTÍCULO 68 DE LA LEY 160 DE 1994: CONDICIONES GENERALES PARA LA ADJUDICACIÓN DE BALDÍOS DESTINADOS A LA INFRAESTRUCTURA DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. La descripción general de la norma

Como se desprende de los antecedentes expuestos, la presente consulta se origina en el artículo 68 de la ley 160 de 1994 que establece lo siguiente:

“Artículo 68. Podrán hacerse adjudicaciones en favor de entidades de derecho público para la construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos, o cuyas actividades hayan sido declaradas por la ley como de utilidad pública e interés social, bajo la condición de que si dentro del término que el Instituto señalare no se diere cumplimiento al fin previsto, los predios adjudicados revertirán al dominio de la Nación.

Las adjudicaciones de terrenos baldíos **podrán comprender a las fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro que presten un servicio público**, o tengan funciones de beneficio social por autorización de la ley, y en aquéllas deberá establecerse la reversión del baldío en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas en el respectivo contrato de explotación de baldíos. La Junta Directiva señalará los requisitos que deben cumplir las personas jurídicas a que se refiere este inciso, las condiciones para la celebración de los contratos, las obligaciones de los adjudicatarios y la extensión adjudicable, medida en Unidades Agrícolas

Familiares.¹

Como se observa, el primer inciso de esta disposición regula: (i) el tipo de acto que se puede realizar: *la adjudicación de un bien baldío*; (ii) un elemento subjetivo relacionado con las personas que se pueden beneficiar de la adjudicación: *entidades de derecho público*; (iii) un elemento objetivo o referido al uso que se debe dar al bien adjudicado: *la construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos o de actividades declaradas como de utilidad pública e interés social*; y (iv) una condición resolutoria o extintiva²: *el deber de destinación efectiva de los bienes baldíos al fin previsto, so pena de reversión de los mismos a la Nación*.

El segundo inciso, no menos importante para absolver la presente consulta pues arroja criterios de interpretación para el primer inciso, establece: (i) que la adjudicación de bienes baldíos podrá comprender a *personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro* (fundaciones o asociaciones) que presten un servicio público o tengan funciones de beneficio social por autorización de la ley; (ii) que la adjudicación quedará sujeta a una cláusula de reversión en caso de que no se cumplan los fines para los cuales se entregó el bien; y (iii) que la Junta Directiva del INCORA (hoy Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Tierras)³ señalará los requisitos y condiciones para la celebración de los contratos, las

¹ Esta disposición aparece por primera vez en la Ley 30 de 1988, que en su momento modificó el artículo 29 de la Ley 135 de 1968 así: "Artículo 10. El artículo 29 de la Ley 135 de 1961, quedará así: "Artículo 29. A partir de la vigencia de la presente Ley, no podrán hacerse adjudicaciones de baldíos sino por ocupación previa y en favor de personas naturales o de cooperativas o empresas comunitarias campesinas y por extensiones no mayores de cuatrocientas cincuenta (450) hectáreas por persona o por socio de la empresa comunitaria o cooperativa campesina. No obstante, podrán hacerse adjudicaciones en favor de entidades de derecho público para la construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos, bajo la condición de que si dentro del término que el Instituto señalare no se diere cumplimiento al fin previsto, los predios adjudicados reverterán al dominio de la Nación."

² Código Civil. "Artículo 1536. La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho."

³ El INORA fue reemplazado por el INCODER según Decreto 1300 de 2003. Posteriormente, mediante el Decreto Ley 2365 de 2015, publicado en el Diario Oficial No. 49.719 de 7 de diciembre de 2015, "se suprime el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones". Según lo establece el artículo 38 del Decreto Ley 2363 de 2015 -por el cual se crea la Agencia Nacional de Tierras, (ANT), se fija su objeto y estructura-: "todas las referencias normativas hechas al Incora o al Incoder en relación con los temas de ordenamiento social de la propiedad rural deben entenderse referidas a la Agencia Nacional de Tierras (ANT) (...). PARÁGRAFO. Las referencias normativas consignadas en la Ley 160 de 1994, y demás normas vigentes, a la Junta Directiva del Incora, o al Consejo Directivo del Incoder, relacionadas con las políticas de ordenamiento social de la propiedad, deben entenderse referidas al Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Tierras (ANT)."

obligaciones de los adjudicatarios y la extensión adjudicable.

De acuerdo con lo anterior, la disposición analizada permite que las “*entidades de derecho público*” (primer inciso) y las privadas de tipo fundacional o asociativo sin ánimo de lucro (segundo inciso), sean adjudicatarias de bienes baldíos sobre los cuales se construiría o ampliaría la infraestructura de servicios públicos del país o de una actividad de interés general definida por el legislador. En cuanto a lo primero (que corresponde al objeto de la consulta), es claro entonces que la finalidad de la ley es facilitar el uso de bienes fiscales para la construcción, ampliación y fortalecimiento de la **infraestructura destinada a la prestación** de servicios públicos.

De este modo, del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 se desprende la siguiente matriz que permite identificar los límites normativos dentro de los cuales la adjudicación analizada es permitida:

	Obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos .	Actividades declaradas por la ley como de utilidad pública e interés social	Otro tipo de actividades distintas a las señaladas en el artículo 68 de la Ley 160 de 1994
Entidad de derecho público	VIABLE CON SUJECCIÓN A CONDICIÓN RESOLUTORIA	VIABLE CON SUJECCIÓN A CONDICIÓN RESOLUTORIA	NO VIABLE
Entidad de derecho privado con ánimo de lucro	NO VIABLE	NO VIABLE	NO VIABLE

Se observa entonces que la adjudicación de bienes baldíos en el caso analizado solo es posible cuando **concurren** el elemento objetivo (destinación del bien a los fines previstos en la ley) y el subjetivo (adjudicación a entidad de derecho público o privada sin ánimo de lucro). También es claro que tales elementos deben mantenerse en el tiempo si se quiere que los fines de la ley se cumplan efectivamente y los bienes entregados no terminen en manos de particulares o en usos distintos a los fijados por el legislador.

Así las entidades públicas que presten servicios públicos o desarrollen actividades de utilidad pública o interés social previamente declaradas como tales por el legislador, podrán solicitar la adjudicación de bienes baldíos para el establecimiento y desarrollo de tales servicios o actividades y a condición, claro está, de que se destinen exclusivamente a esos mismos fines y no a otros

distintos.

Precisamente, el hecho de que los bienes adjudicados se deban destinar exclusivamente a la construcción o dotación de “infraestructura” de servicios públicos o al desarrollo de actividades de utilidad pública o interés general definidas por el legislador, determina, como se verá mas adelante, que se trata de obras con vocación de permanencia (no transitorias). Asimismo, la previsión legal de una condición resolutoria denota que el incumplimiento de las condiciones de adjudicación fuerza el retorno a la Nación del bien adjudicado y, por ende, a su condición de bien baldío.

A este respecto debe ponerse de presente que según los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución Política y 1º de la propia Ley 160 de 1994, el destino principal de los bienes baldíos es garantizar el acceso a la propiedad agraria a la población rural de menores ingresos⁴, por lo que disposiciones como la analizada deben ser interpretadas de manera **restrictiva** y siempre bajo el presupuesto de que si los fines de la ley no se cumplen (mejorar la infraestructura de servicios públicos), los bienes deben volver a cumplir su función natural como bienes fiscales adjudicables.

2. El tipo de acto que puede expedirse: la lectura sistemática de los artículos 68 y 75 de la Ley 160 de 1994

Según se señaló anteriormente, el artículo 68 de la Ley 160 de 1994 se refiere a un acto de “*adjudicación*”, lo que impone verificar su significado en el contexto de la propia ley. Para tal efecto la Sala llama la atención en dos aspectos particulares de especial relevancia para esta consulta.

En primer lugar debe recordarse la clasificación de los bienes del Estado en *bienes de uso público* y *bienes fiscales*, suficientemente aclarada por la jurisprudencia en los siguientes términos:

⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 11 de julio de 2013, expediente 1996-3031. Sentencia C- 255 de 2012: “La adjudicación de bienes baldíos, que por su naturaleza pertenecen a la Nación, tiene como propósito central permitir el acceso a la propiedad a quienes carecen de ella, contribuir al mejoramiento de sus condiciones de vida y, por esa vía, de toda la sociedad”. Igualmente Sentencia C-180 de 2005: “En desarrollo de estos preceptos constitucionales, el legislador expidió la Ley 160 de 1994 por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, mediante la cual se ajustaran a los cánones de la Carta Política las disposiciones que en nuestro país regulaban el tema agrario, al tiempo que se corrigieron las dificultades que se presentaron con la aplicación de la normatividad agraria contenida en la Ley 135 de 1961. Las disposiciones demandadas hacen parte de este contexto normativo y pretenden, por una parte dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 64 constitucional, esto es, promover el acceso a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrícolas (...)”.

"Desde esta perspectiva, la jurisprudencia ha explicado, según los lineamientos de la legislación civil, que la denominación genérica adoptada en el artículo 102 de la Carta Política comprende (i) los bienes de uso público y (ii) los bienes fiscales.

(i) **Los bienes de uso público**, además de su obvio destino se caracterizan porque *"están afectados directa o indirectamente a la prestación de un servicio público y se rigen por normas especiales"*. El dominio ejercido sobre ellos se hace efectivo con medidas de protección y preservación para asegurar el propósito natural o social al cual han sido afectos según las necesidades de la comunidad.

(ii) **Los bienes fiscales**, que también son públicos aún cuando su uso no pertenece generalmente a los ciudadanos, se dividen a su vez en:

a) **bienes fiscales propiamente dichos**, que son aquellos de propiedad de las entidades de derecho público y frente a los cuales tienen dominio pleno *"igual al que ejercen los particulares respecto de sus propios bienes"*; y

(b) **bienes fiscales adjudicables**, es decir, los que la Nación conserva *"con el fin de traspasarlos a los particulares que cumplan determinados requisitos exigidos por la ley"*, **dentro de los cuales están comprendidos los baldíos.**⁵ (Se resalta)

En este orden, en supuestos como el revisado (transferencia de un bien baldío de la Nación a una entidad pública), el bien no pierde sus atributos de bien estatal y, particularmente, de bien fiscal. Según se puede constatar solamente habría un cambio en su clasificación (de bien fiscal adjudicable a bien fiscal propiamente dicho), con la correspondiente responsabilidad de la entidad adjudicataria de ejercer su titularidad, defensa y cuidado.

En segundo lugar la Sala llama la atención sobre la necesidad de interpretar el artículo 68 de la Ley 160 de 1994 en armonía con el artículo 75 de la misma ley, que establece lo siguiente sobre el uso de bienes baldíos para el establecimiento de servicios públicos y el desarrollo de actividades de interés general:

"Artículo 75. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria queda autorizado para constituir sobre los terrenos baldíos cuya administración se le encomienda, **reservas en favor de entidades de derecho público para la ejecución de proyectos de alto interés nacional**, tales como los relacionados con la explotación de los recursos minerales u otros de igual significación, **para el establecimiento de servicios públicos, o el desarrollo de actividades que hubieren sido declaradas por la ley como de utilidad pública e interés social**, y las que tengan por objeto prevenir asentamientos en zonas aledañas o adyacentes a las zonas donde se adelanten exploraciones o explotaciones

⁵ Sentencia C-255 de 2012.

petroleras o mineras, por razones de orden público o de salvaguardia de los intereses de la economía nacional en este último caso.

Previo concepto favorable del Ministerio del Medio Ambiente, el Instituto podrá establecer reservas sobre terrenos baldíos en favor de entidades privadas sin ánimo de lucro, creadas con el objeto de proteger o colaborar en la protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables.

Igualmente podrá sustraer de tal régimen tierras que hubieren sido colocadas bajo éste, o que el mismo Instituto hubiere reservado, si encontrare que ello conviene a los intereses de la economía nacional.

Las resoluciones que se dicten de conformidad con los incisos precedentes requieren para su validez la aprobación del Gobierno Nacional.

El INCORA ejercerá, en lo relacionado con el establecimiento de reservas sobre tierras baldías o que fueren del dominio del Estado, **las funciones de constitución, regulación y sustracción que no hayan sido expresamente atribuidas por la ley a otra autoridad.**

(...) Para efectos de constitución de las reservas y la sustracción de tal régimen, la Junta Directiva expedirá el reglamento respectivo."

Como se observa, este artículo permite (i) que la Agencia Nacional de Tierras (ANT)⁶ establezca *zonas de reserva* sobre bienes baldíos a favor de las entidades de derecho público para el establecimiento de servicios públicos y otras actividades de interés general (esto es, los fines del artículo 68 analizado) y (ii) que sobre esas zonas la ANT cumpla funciones de constitución, regulación y sustracción de las mismas, esto es, que determine bajo qué figura jurídica se permitirá su uso por parte de las entidades enunciadas en la norma. Nótese además que este artículo se refiere a una *actividad de gestión o administración sobre "el uso" de los bienes baldíos* (a través de las zonas de reserva), sin que se prevea para ello ningún traslado o cambio en la titularidad o naturaleza jurídica de dichos bienes.

Esto implica, a juicio de la Sala, que si bien el artículo 68 de la Ley 160 de 1994 habla de "*adjudicación*", no lo hace únicamente desde la perspectiva del *traslado gratuito de la propiedad*, como ocurre en el artículo 65 de la misma ley al regular la adjudicación de baldíos a población campesina vulnerable⁷. Al articular ambas

⁶ Que actualmente ejerce las funciones que en esta materia estuvieron en su momento en cabeza del INCORA y luego del INCODER (Ver pie de página 3).

⁷ Así, el artículo 65 señala que la propiedad de los terrenos baldíos adjudicables se adquiere "*mediante título traslativo de dominio otorgado por el Estado a través del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, o por las entidades públicas en las que delegue esta facultad*", para lo cual,

disposiciones (artículos 68 y 75) se llega a la conclusión de que si bien esa es una alternativa posible, también es viable que la ANT acuda a otras figuras distintas que no impliquen la transferencia del bien, sino la gestión de su uso en las zonas de reserva establecidas para tales fines.

Hecha esta descripción general de los elementos normativos del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 pasa la Sala a revisar lo que en su contexto debe entenderse por “entidad de derecho público” y por “*instalación o dotación de servicios públicos*”, para así responder las preguntas del organismo consultante.

C. EL CONCEPTO DE “ENTIDAD DE DERECHO PÚBLICO” Y LOS DIVERSOS CRITERIOS UTILIZADOS PARA SU IDENTIFICACION

Como pone en evidencia la consulta, no existe una norma que defina con carácter general el concepto de *entidad de derecho público*. Por el contrario, tanto la Constitución como la ley acuden a distintas expresiones para referirse a la multiplicidad de formas organizativas que hacen parte del Estado. En ocasiones se utilizan las expresiones “*entidades del Estado*” o “*entidades estatales*” (como en los artículos 125, 268-6 y 352 de la Constitución Política, en la Ley 80 de 1993 de contratación estatal o en la Ley 1508 de 2012 sobre asociaciones público privadas). En otras se hace referencia a “*entidades públicas*” (como en los artículos 82, 127, 150-14, 179-3, 180-2, 254, 268-12, 269, 302 y 339 de la Constitución, en la Ley 1066 de 2006 sobre cobro coactivo o en la Ley 1712 de 2014 de transparencia). También se acude al término “*entidades oficiales*” (por ejemplo al referirse a las prohibiciones de los congresistas - numeral 3º del artículo 180 C.P.-). O en otros casos, como en el artículo 533 del Estatuto Tributario, el artículo 120 de la Ley 418 de 1997 (contribución especial) o en el asunto consultado, la ley se refiere simplemente a *entidades de derecho público*. Además es frecuente que dichos términos no siempre tengan el mismo significado y que se les asigne un alcance o consecuencias distintas según cada ley en particular.

Pese a lo anterior, la aproximación a estos conceptos puede hacerse desde varias perspectivas:

sin perjuicio de la acreditación de diversos requisitos por parte de los solicitantes (explotación económica del bien, nivel de ingresos, etc. -artículo 69 ibídem-), la ley no prevé una contraprestación económica (precio de venta o similar) a favor del Estado.

1) Desde el punto de vista de la estructura y organización del Estado

Desde el punto de vista de la estructura del Estado las expresiones entidad pública, estatal o de derecho público denota la pertenencia de una determinada organización o entidad al Estado y, por ende, su vinculación con el derecho público. En este sentido, en el plano constitucional forman parte del Estado las entidades y organismos de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial, y los órganos autónomos e independientes (artículo 113). En el caso particular de la Rama Ejecutiva, esta se encuentra integrada por los Ministerios, los Departamentos Administrativos, las gobernaciones y alcaldías, las superintendencias, *“los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado”* (artículo 115), así como por *“las sociedades de economía mixta”* (artículo 150-7).

Por mandato constitucional las entidades u organismos que forman parte de la organización estatal, particularmente de la Rama Ejecutiva del poder público (aún las descentralizadas por servicios que hayan de regirse por el derecho privado), solo pueden nacer *de un acto de autoridad estatal (ley, ordenanza o acuerdo) o con su autorización*. En este sentido, el artículo 150-7 de la Constitución establece que al Congreso de la República le corresponde determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica, así como *“crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta”*. En concordancia con lo anterior, el artículo 210 ibídem señala que las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional *“solo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta”*. Y la misma asignación de competencias se hace en el nivel territorial en cabeza de las asambleas departamentales y los concejos municipales para la determinación de la estructura de la administración local y la creación de entidades descentralizadas de ese nivel (artículos 300 y 313, respectivamente).

Además, respecto de las entidades descentralizadas (tema objeto de la consulta) la propia Constitución establece que: (i) **están sujetas al régimen legal que fije el legislador** (artículo 210); (ii) sus empleados y trabajadores son servidores públicos (artículo 123); (iii) sus recursos, junto con los de la Nación y las entidades territoriales, forman parte del Tesoro Público de la Nación (artículo 128); (iv) en sus juntas directivas no pueden participar los congresistas, diputados, concejales o ediles ni sus familiares (artículos 180-3, 292 y 323); (v) sus directivos -en el orden nacional- pueden ser citados por las comisiones permanentes del Congreso de la República (artículo 208); (vi) sus representantes legales pueden ser delegatarios de funciones presidenciales

(artículo 211); (vii) debe velarse por la exacta recaudación de sus rentas (artículo 305-11); y (viii) su contabilidad será consolidada con la contabilidad General de la Nación (artículo 354).

En desarrollo de estos mandatos constitucionales la Ley 489 de 1998 regula en relación con las entidades descentralizadas: (i) el concepto y alcance de la descentralización (artículo 7º); (ii) los requisitos de creación de organismos y entidades administrativas (artículo 49); el contenido de los actos de creación (artículo 50); la forma de supresión, liquidación o modificación de las entidades y organismos nacionales (artículo 52); el régimen general y de creación de las entidades descentralizadas (artículos 68 y 69); el régimen legal de los establecimientos públicos (artículos 69 a 81); el régimen de las unidades administrativas especiales, las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos (artículos 82, 83 y 84, respectivamente); el régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado (artículos 85 a 94); el régimen aplicable para la asociación entre entidades públicas (artículo 95) y con particulares (artículo 96); el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta (artículos 97 a 102); y los mecanismos de control administrativo de las diferentes entidades públicas pertenecientes a la rama ejecutiva, *inclusive de las entidades descentralizadas indirectas* (artículos 103 a 109).

En consecuencia puede afirmarse que desde el punto de vista general de la *pertenencia o no de una entidad a la estructura del Estado* las expresiones *entidad estatal, entidad pública, entidad oficial o entidad de derecho público* cobijan a la generalidad de órganos y personas jurídicas que forman parte de la organización estatal. También puede advertirse que tales enunciados encuentran sus opuestos en el lenguaje jurídico cuando se alude a las "*personas jurídicas particulares, privadas o de derecho privado*", por ejemplo, en los artículos 15, 48, 127, 267, 268-4, 282-2 y 355 de la Constitución Política. Y puede señalarse además que en relación con aquellas entidades que forman parte de su estructura y organización, el Estado goza de potestades suficientes para (i) ordenar o autorizar su creación, reestructuración o extinción; (ii) regular su funcionamiento con mucha mayor intensidad de lo que puede hacerlo respecto de las entidades particulares o privadas; (iii) participar de su administración y control; y (iv) definir su régimen jurídico y patrimonial, diferenciándolo total o parcialmente del que se aplica a las formas societarias o asociativas que surgen exclusivamente de la voluntad de los particulares⁸.

⁸ Concepto 2259 de 2016: "*Las personas jurídicas son susceptibles de ser clasificadas en personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado, en atención al origen de los recursos que las integran, la finalidad que cumplen, las condiciones de su creación, funcionamiento, regulación, intervención, vigilancia, extinción y liquidación*".

Por tanto, desde el punto de vista de la estructura y organización del Estado resulta claro que las sociedades de economía mixta y las entidades descentralizadas indirectas son *entidades estatales, públicas o de derecho público*. Así lo había señalado ya esta Sala en el Concepto 2217 de 2014, en el cual se respondió negativamente al interrogante de si las sociedades de economía mixta podían catalogarse como *entidades de derecho privado*:

“4. Las sociedades de economía mixta como entidades públicas o estatales

El cuestionamiento que la entidad consultante dirige a la Sala, en el sentido de establecer si la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. puede ser calificada como una “persona de derecho privado que maneja o administra recursos o fondos públicos”, encuentra, de conformidad con lo explicado hasta el momento, una respuesta negativa.

(...) La Sala aprecia que las sociedades de economía mixta de índole nacional, departamental o municipal, en forma alguna pueden ser calificadas como personas jurídicas de derecho privado, dado que resulta por completo ajeno a la creación de las personas jurídicas de derecho privado la exigencia, por parte del ordenamiento jurídico, de una ley, ordenanza o acuerdo que de manera expresa y particular autorice su creación o la participación del Estado en tales personas jurídicas para su conversión⁹.

(...) Sin embargo, en la actualidad, la Ley 489 de 1998 determina que las sociedades de economía mixta integran el sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional (literal f, numeral 2, artículo 38, artículo 68), **lo cual las ubica en la nomenclatura de las entidades públicas o entidades estatales**, también aplicable a las del orden territorial, según el párrafo del artículo 2 ibídem, párrafo 1 del artículo 68 y artículo 69 ejusdem.

(...) Así, en todos los casos se conviene en aceptar que las sociedades de economía mixta no son personas jurídicas de derecho privado, sino que, en el sentido que se ha expuesto, hacen parte del Estado, es decir, son entidades estatales de la Rama Ejecutiva del poder público, con el régimen especial de aplicación del derecho civil y comercial que se ha referido en este concepto.”¹⁰ (Se resalta)

⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 8 de septiembre de 2011, radicación 2025.

¹⁰ Ver también Sentencia C-953 de 1999 que declaró inexecutable parcialmente el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, en cuanto solo consideraba como sociedades de economía mixta a aquellas que tuvieran participación estatal superior al 50%. En Sentencia C-316 de 2003 se señaló que “no obstante estar constituidas bajo la forma de sociedades comerciales, no son particulares. Son organismos que hacen parte de la estructura de la Administración Pública, pertenecen al nivel descentralizado y son organismos vinculados.”

De este modo, las sociedades de economía mixta, no obstante estar constituidas bajo la forma de sociedades comerciales, *"no son particulares (...) son organismos que hacen parte de la estructura de la Administración Pública, pertenecen al nivel descentralizado y son organismos vinculados."*¹¹

Así, cuando la Ley 489 de 1998 se refiere a la *integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público* menciona tanto a los organismos y entidades del sector central, como a los que pertenecen al sector descentralizado por servicios, entre ellas a las entidades públicas o estatales que se rigen por el derecho privado - como las empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta-; además incluye de forma general a *"las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público"* (artículo 38).

En igual sentido el artículo 68 de la misma Ley 489 establece que son entidades descentralizadas de la Rama Ejecutiva -y por tanto parte de ella y del Estado-, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, *las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta*, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos *"y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio"*. Además el mismo artículo es expreso al señalar en relación con las entidades descentralizadas, que:

¹¹ Sentencia C-316 de 2003. En este mismo sentido, en la Sentencia C-529 de 2006 la Corte Constitucional señaló lo siguiente al referirse a la pertenencia de las sociedades de economía mixta a la estructura y organización del Estado: "... 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" (se resalta). Puede verse también la Sentencia C-736 de 2007 que al referirse a la integración de la rama ejecutiva del poder público aclaró: "(...). Siendo así las cosas, no habría inconveniente constitucional para considerar que las sociedades de economía mixta, como todas las demás entidades descentralizadas por servicios, según lo ha explicado tradicionalmente la teoría administrativa clásica, se "vinculan" a la Rama Ejecutiva del poder público, es decir a la Administración Central."

"(...) como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas". (Se resalta)

En consecuencia, la creación desde el poder público de asociaciones, empresas o sociedades y su sujeción en ciertos aspectos a normas de derecho privado, no comporta, que unas y otras dejen de ser parte de la organización estatal, ni que se conviertan o puedan ser consideradas por se *entidades particulares o privadas*.¹²

2) Desde el punto de vista del régimen jurídico aplicable

Ahora bien, lo señalado hasta el momento sobre el significado de la expresión *entidad de derecho público* desde el punto de vista de la organización y estructura del Estado, no implica que todas las entidades públicas tengan el mismo régimen jurídico, estén investidas de potestades o privilegios de derecho público o les apliquen todas las leyes por igual. La propia Constitución prevé regímenes especiales para ciertas entidades (por ejemplo el Banco de la República o las universidades públicas) y de manera general le confiere al legislador un amplio margen de configuración normativa para determinar el régimen jurídico y de ventajas públicas (si fuere el caso) que mejor responda a cada organismo o entidad, según el tipo de función o actividad asignada (artículos 150-7 y 210).

En consecuencia, el hecho de que las sociedades de economía mixta y las entidades descentralizadas indirectas formen parte de la estructura del Estado, no inhibe la necesidad de estudiar en cada caso particular hasta donde quedan cobijadas por las normas que de manera general usan las expresiones *entidad pública, estatal o de derecho público*.

Así la jurisprudencia ha señalado que al corresponder al legislador la determinación del régimen jurídico de las entidades descentralizadas por servicios, *"bien puede asignar a cada una de ellas regímenes distintos según la finalidad que le asigne a cada una de ellas y en atención a si en ellas concurre o no la participación de particulares."*¹³

¹² Sentencia C-992 de 2006 que en relación con SATENA, empresa industrial y comercial del Estado, señaló: *"El hecho de que la Empresa Industrial y Comercial del Estado Servicio Aéreo a Territorios Nacionales "SATENA" desarrolle actividades comerciales de acuerdo con normas de derecho privado y que en desarrollo de dichas actividades pueda entrar en competencia con empresas privadas no transforma la naturaleza jurídica de la misma en una empresa privada."*

¹³ Sentencia C-722 de 2007. Ver también Sentencias C-306 y C-784 de 2004 y C-1190 de 2000. En Sentencia C-580 de 2013 se señaló: Como fundamento de lo anterior se ha indicado que:

Particularmente, en relación con la libertad de configuración del legislador para determinar, dentro del marco de la Constitución, el régimen de las entidades descentralizadas por servicios -tema que ocupa a la Sala- se ha indicado, con base en el artículo 210 de la Constitución Política, que:

"(...) de manera específica compete al legislador determinar el régimen jurídico de las entidades descentralizadas. Lo que entraña, entre otros aspectos, la precisión de cuáles de los organismos enunciados constitucionalmente conforman tal categoría administrativa y jurídica, la determinación de funciones generales, organización básica interna, régimen de la actividad, de los actos y contratos, responsabilidad de sus directores y gerentes y las interrelaciones con los demás órganos del Estado y de la administración. En desarrollo de las atribuciones que someramente se han enunciado, el legislador deberá tener en cuenta, obviamente, los fines del Estado y de sus autoridades y las misiones que están llamadas a cumplir las entidades constitucionalmente enumeradas y las que el mismo legislador, dentro de sus competencias, estime necesario crear para el cabal cumplimiento de los cometidos estatales.

El ejercicio de la aludida potestad por parte del legislador habrá de procurar la optimización del cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual deberá observar los límites señalados en la propia Constitución atinentes a los derechos fundamentales de los asociados, y a los enunciados constitucionales en relación con la estructura y funcionamiento de la organización del Estado y los modelos institucionales previstos para el desarrollo de las diversas actividades a cargo del Estado."¹⁴

"3.5.1 De conformidad con el artículo 114 de la Carta Política, al Congreso de la República, como representante de la rama legislativa del poder público, le corresponde, dentro de sus funciones, hacer las leyes. En esta medida y en ejercicio de dicha facultad, el legislador es el titular de la llamada *"potestad organizatoria cuya manifestación primordial es la formulación del modo de ser y de actuar de una determinada organización administrativa, en sus elementos configurativos y en el conjunto de éstos"* (...) En relación con esta atribución del Congreso, la Corte ha precisado que al legislador le corresponde tanto la determinación de la estructura de la administración nacional, como la de sus elementos definiendo así las tipologías de las entidades y organismos que la conforman y sus interrelaciones respectivas. Aunado a lo anterior, se ha dicho que *"también corresponde al Congreso de la República la creación de los distintos organismos y entidades y la definición, respecto de cada uno de ellos, de sus objetivos generales y de la correspondiente estructura orgánica y dentro de ella la previsión de las relaciones entre órganos y elementos internos. Así mismo, asisten al Congreso las consecuentes potestades de fusión, transformación y supresión de los organismos que él mismo crea (...)"* Así las cosas, es el legislador el llamado a determinar la estructura de la administración, no sólo a través de la creación, fusión o supresión de entidades sino también de su organización administrativa, es decir, su denominación, naturaleza jurídica, régimen, entre otros aspectos, de conformidad con los parámetros constitucionales."

¹⁴ Sentencia C-722 de 2007.

En este contexto la ley puede establecer diferencias entre las entidades públicas o estatales que cumplen funciones públicas y en virtud de ello tienen un régimen de derecho especial basado en potestades y privilegios de derecho público (órganos centrales de la Administración y establecimientos públicos, por ejemplo), y aquéllas otras que por desarrollar actividades comerciales e industriales son remitidas, al derecho privado, sin que por ello desaparezca su vinculación con el Estado:

“En efecto, si desde la propia Constitución se consagra la existencia de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, como elementos organizativos de los diversos niveles de la administración, bien nacional, departamental, distrital o municipal, quiere ello significar que desde la norma superior se han previsto organismos cuyo objeto primordial es de carácter industrial y comercial, y que integran en su interior tanto esfuerzos del Estado como de los particulares, como las *sociedades de economía mixta*, cuyos perfiles institucionales y jurídicos le corresponde precisar de manera general a la ley.

Y si desde la Constitución se prevé la existencia de sociedades con fines industriales o comerciales, en la cuales puede concurrir tanto el Estado como los particulares, es preciso que el legislador tenga en cuenta también los límites que se derivan de la especial relación entre el sector privado y el público, según las formulaciones constitucionales sobre la potestad de intervención estatal y sus modalidades básicas, el desarrollo de las actividades consideradas estratégicas, la libre iniciativa en materia económica, la libre competencia en materia económica, la libre competencia en condiciones de igualdad y la prestación de los servicios públicos.”¹⁵

De este modo es posible que el uso de la expresión *entidad pública o de derecho público* tenga diferentes alcances y no siempre cubra a la totalidad de entidades que orgánicamente forman parte de la estructura del Estado, sino que se refiera únicamente a aquéllas que *ejerzan atributos y privilegios propios del derecho público*. En este contexto, solo serían entidades de derecho público *las entidades que se rigen por el derecho público* y carecerían de esa condición aquellas formas organizacionales del Estado que, pese a ser parte de su estructura, se rigen por normas de derecho privado.

Desde esta perspectiva, las sociedades de economía mixta o las propias empresas industriales y comerciales del Estado no quedarían incorporadas en la enumeración de entidades de “*derecho público*”, bajo la consideración de que el desarrollo de su actividad comercial o industrial estaría sujeto a normas de derecho privado (artículos 85 y 97 de la Ley 489 de 1998). Es el caso, por ejemplo, del alcance que a esa expresión le da el estatuto tributario cuando

¹⁵ Sentencia C-722 de 2007.

señala que son entidades de derecho público “*la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, los Distritos Municipales, los Municipios y los organismos o dependencias de las Ramas del Poder Público, Central o Seccional, con excepción de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta*” (artículo 533).

Sin embargo frente a este criterio habría que aclarar, tal como se ha expuesto anteriormente, que ninguna entidad perteneciente a la estructura y organización del Estado está regida totalmente por normas de derecho privado, en la medida que aún aquellas encargadas de actividades industriales y comerciales, lo hacen a partir de disposiciones de derecho público que las autorizan, determinan su régimen legal y fijan las condiciones necesarias para su constitución, organización y funcionamiento. Es así que la aplicación del derecho privado por entidades estatales se da porque el legislador así lo autoriza y solamente dentro de los límites o para los actos u operaciones que aquél establezca.

En segundo lugar debe advertirse que no se puede confundir *la naturaleza jurídica de una entidad* (pública o privada) con *el régimen jurídico* que en cada caso el legislador determine para las entidades que forman parte de su estructura y organización. Así lo ha aclarado el Consejo de Estado al estudiar, precisamente, la naturaleza jurídica de ciertas sociedades de carácter mixto:

“1. Precisión preliminar, diferencia entre naturaleza jurídica y régimen jurídico.

Como lo manifiesta la apelante, las nociones de *naturaleza jurídica* y de *régimen jurídico* son diferentes, a esta conclusión se llega por la simple lectura del artículo 50 de la Ley 489 de 1998, que indica que la estructura orgánica de un organismo o entidad administrativa comprende, entre otros aspectos, *la naturaleza jurídica* y el consiguiente *régimen jurídico*; de manera que si bien son conceptos que pueden estar relacionados, no por ello se deben confundir o tomar por iguales.

(...) De allí que sea posible que el régimen jurídico de algunas entidades públicas esté integrado por normas de derecho privado, **sin que por esto se modifique su naturaleza jurídica**”¹⁶ (Se resalta)

En este orden, la diferenciación entre entidades de derecho público y de derecho privado solamente a partir del régimen aplicable a sus actividades resulta insuficiente, particularmente cuando el uso de este criterio implica la exclusión injustificada de entidades que por su naturaleza forman parte de la estructura u organización del Estado.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 9 de febrero de 2012, expediente 1997-12642.

Su uso, por tanto, solo será posible cuando exista una voluntad expresa el legislador en ese sentido y ello no implique la violación de otras normas y principios constitucionales.

3) Desde la perspectiva del porcentaje de participación estatal: la regla de control o participación pública mayoritaria

De manera consistente la legislación ha acudido a un criterio adicional (no solo basado en la teoría organizacional del Estado o en el régimen de sus actos) para identificar lo que debe entenderse por entidad pública o estatal: la existencia o no de una participación pública mayoritaria (superior o por lo menos equivalente al 50%).

Este referente de participación mínima estatal para marcar una línea de diferenciación entre lo público y lo privado no es aleatorio. Se deriva de la lógica propia de funcionamiento de las sociedades y en particular de los elementos que permiten ejercer su control e incidir en las decisiones de la empresa:

“El principio democrático - ampliamente respaldado por la Constitución - parte de la idea según la cual, ante la inexistencia de un consenso pleno, la mejor regla para la adopción de decisiones generales, cuando ello resulte necesario, es la regla de las mayorías. Esta regla se traslada al ámbito societario adjudicando a la mayoría de acciones, cuotas o partes de interés representadas en la Asamblea General, **la facultad de adoptar las decisiones más importantes para definir el rumbo pero también para controlar al ente social.** Así las cosas, corresponde al órgano mas importante de la sociedad, aquel en el cual pueden estar representados todos los socios, resolver, por mayoría de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la correspondiente reunión, los conflictos que puedan existir entre los intereses individuales de los distintos socios y los del órgano social. En virtud de la aplicación de la llamada “democracia societaria” se configura entonces el interés colectivo y se adoptan las decisiones generales más importantes para la sociedad.

Ahora bien, en principio, el hecho de que el socio que tenga un mayor número de acciones, cuotas o partes de interés tenga mayor poder de decisión que el socio minoritario es perfectamente razonable en el ámbito societario. En efecto, al participar del contrato social el socio persigue fundamentalmente un ánimo de lucro y, en consecuencia, tendrá mayor interés entre mayor haya sido su aporte – representado en acciones, cuotas o partes de interés – a la sociedad. Adicionalmente, la doctrina ha entendido que las sociedades mercantiles y, en particular, las sociedades anónimas, son mas una unión de capitales o aportes económicos que una asociación de personas. **En este sentido, es razonable que quien haya realizado mayores aportes tenga una mayor participación en la decisión de las cuestiones societarias pues es quien mayor riesgo o**

beneficio puede lograr a partir de las actividades mercantiles del ente social.”¹⁷ (Se resalta)

Así, un mayor porcentaje de participación accionaria tiene relevancia en aspectos tan importantes como la adopción de decisiones societarias (artículos 187¹⁸ y 427¹⁹ del Código de Comercio), la consideración de una empresa como subordinada de otra (artículo 261 ibídem, subrogado por el artículo 27²⁰ de la Ley 222 de 1995), la obligación de reportar los cambios de control en el caso de las SAS (artículo 16 de la Ley 1258 de 2008), etc.

Estas reglas operan también en el derecho comparado, como puede verse, por ejemplo, a nivel de la Comunidad Económica Europea, donde la Directiva 111/2006/CEE del 16 de noviembre de 2006²¹ define como “empresa pública”, cualquier empresa en la que los poderes públicos *“puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen”* (artículo 2º). Además la misma directiva presume que hay influencia dominante cuando, en relación con una empresa, el Estado u otras administraciones territoriales, directa o indirectamente: *“i) posean la mayoría del capital suscrito de la empresa, o ii) dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, o iii) puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.”*²² (Ibídem)

¹⁷ Sentencia C-707 de 2005.

¹⁸ **Artículo 186. Lugar y quórum de reuniones.** Las reuniones se realizarán en el lugar del dominio social, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocación y quórum. Con excepción de los casos en que la ley o los estatutos exijan una mayoría especial, las reuniones de socios se celebrarán de conformidad con las reglas dadas en los artículos 427 y 429.”

¹⁹ **Artículo 427. Quórum para deliberación y toma de decisiones.** La asamblea deliberará con un número plural de personas que represente, por lo menos, **la mayoría absoluta de las acciones suscritas, salvo que en los estatutos se exija un quórum diferente.** Las decisiones se tomarán por mayoría de los votos presentes, a menos que la ley o los estatutos requieran para determinados actos una mayoría especial.” (se resalta)

²⁰ **Artículo 261. Presunciones de subordinación. Subrogado por el art. 27, Ley 222 de 1995.** Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos: 1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. (...)”

²¹ Relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas. Esta directiva recoge a su vez la Directiva 80/723/CEE del 25 de junio de 1980 y sus modificaciones posteriores.

²² En el derecho español, esta directiva aparece transpuesta en la Ley 4/2007, en la cual “se definen las empresas públicas “como cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la

Por tanto, detentar al menos el cincuenta por ciento (50%) de participación accionaria dentro de una empresa refleja la posibilidad de ejercer, sin perjuicio de pactos especiales en contrario, un control societario sobre la empresa, que le otorga a su titular un *mínimo de influencia* dentro de ella. Así, cuando ese porcentaje de participación se encuentra en cabeza del Estado y este tiene la posibilidad de incidir en las decisiones de la respectiva organización, surgen razones suficientes para inclinarse a favor de su calificación como pública o estatal. Por el contrario cuando el Estado es apenas un socio minoritario dentro de la empresa y las decisiones de la misma dependen principalmente de la voluntad de los socios particulares mayoritarios²³, es lógico que la connotación de lo público se desvanezca.

No desconoce la Sala la realidad que existe en el derecho societario moderno de negociar a través de cláusulas o pactos especiales y al margen de los porcentajes de participación accionaria, el control decisorio o de dirección de la empresa. Sin embargo, más allá de ese tipo de estipulaciones especiales, lo cierto es que la existencia del mayor porcentaje de participación estatal en una empresa constituye un referente objetivo adoptado por el legislador para trazar una línea de diferenciación entre las diversas sociedades de participación mixta.

Así, esta regla del 50% de participación pública como referente del carácter estatal o público de una entidad, aparece expresamente prevista en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, según el cual estarán sujetas al estatuto de contratación pública, además de los organismos que integran las diferentes ramas del poder público, *“las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.”*

En el mismo sentido el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación, así como *“las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o*

participación financiera o de las normas que la rigen.” (artículo 2.1). Al respecto puede verse Alli Aranguren, Juan-Cruz, Derecho Administrativo y Globalización, Garrigues-Thomson, p.229.

²³ “(...) el accionista minoritario tiene también los deberes que le impone el hecho de haber decidido participar del contrato social, uno de los cuales es aceptar las decisiones de carácter general que por mayoría imponga la asamblea general para beneficiar a la sociedad, en los términos y dentro de las competencias que le asigna la ley y los estatutos de la sociedad.” (Sentencia C-707 de 2005)

superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%” (artículo 104, parágrafo).

Igualmente, en la Ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios se hace una diferencia entre las empresas mixtas de naturaleza pública y las de carácter privado, según exista o no una participación pública mayoritaria igual o superior al 50%:

“Artículo 14 (...)

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.”

De acuerdo con esta clasificación pueden considerarse entidades de derecho público *las entidades de servicios públicos oficiales*, pues en estas no hay intervención alguna de los particulares, así como **las empresas de servicios públicas mixtas**, es decir, aquéllas con participación pública superior al 50%, cuya condición de entidades estatales o de derecho público ha sido aclarado suficientemente por la jurisprudencia:

“Ahora bien, sin entrar en mayores consideraciones, por cuanto no es la controversia que debe resolver la Sala, la naturaleza jurídica de **las empresas prestadoras de servicios públicos mixtas es pública**, según lo definió la Corte Constitucional en sentencia C-736 de 2007. Sin embargo, la referida condición no impide que el régimen jurídico aplicable a tales empresas incluya normas de derecho privado, verbigracia, el Código de Comercio, como se puede concluir de la lectura del citado artículo 19²⁴.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 9 de febrero de 2012, expediente 1997-12642. Ver también Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 27 de noviembre de 2013, expediente 1996-08870, que ratifica auto del 3 de diciembre de 2008, expediente 2007-00070. Igualmente Sentencia del 26 de mayo de 2011 (expediente 2003-00658), que a su vez reitera Sentencia del 1º de abril de 2009, expediente 2007-00075, en el cual se indicó: “De tal manera, la Sala insiste en su criterio de que las empresas mixtas de SPD son entidades estatales, posición que ha asumido en reiteradas ocasiones (...)”.

Por el contrario deben ser consideradas *de carácter privado*, tal como también lo ha reiterado el Consejo de Estado²⁵, las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación mayoritaria de los particulares (superior al 50%).

Visto lo anterior, pasa la Sala a revisar cuál de los criterios analizados (organizacional, de régimen jurídico o de control empresarial) resulta compatible con el contenido y fines de la Ley 160 de 1994.

4) La expresión “entidades de derecho público” en el contexto del artículo 68 de la Ley 160 de 1994: aplicación del criterio basado en la existencia de una participación pública mayoritaria

Según se ha señalado hasta el momento, desde el punto de vista de la estructura y organización del Estado, el concepto de “*entidad de derecho público*” refleja un vínculo del órgano o la entidad con el Estado y la sujeción a un mínimo de normas y principios que rigen la organización de las personas jurídico-públicas. Por tanto, es una expresión que agrupa a la generalidad de organismos y entidades creados por el Estado o con su autorización para el cumplimiento de sus fines, como es el caso, inclusive, de las sociedades de economía mixta o las entidades descentralizadas indirectas.

Sin embargo, también se acaba de indicar que el legislador tiene un amplio margen de configuración normativa en materia de organización estatal y que puede acudir a regímenes diferenciados para los distintos tipos de entidades estatales, lo que determina que en el contexto de cada ley se deba establecer el alcance de las expresiones *entidad estatal*, *pública* o *de derecho público*, con el fin de establecer si incluye o no a la generalidad de sociedades de economía mixta o solo a una parte de ellas, según el porcentaje de participación estatal.

Como se esbozó inicialmente, en el caso analizado el artículo 68 de la Ley 160 de 1994 permite que las “*entidades de derecho público*” (primer inciso) y las

²⁵ En el auto de 27 de noviembre de 2013 -expediente 1996-08870-, citando a su vez el auto de diciembre 3 de 2008 se señaló: “Pues bien, en relación con las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter privado, que son las que interesan para el caso que aquí se estudia dado que COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., participa de esa naturaleza, de conformidad con la definición consagrada expresamente por la Ley 142 de 1994 en su artículo 14, apartado 14.7, ha de concluirse que las mismas no forman parte del género de las entidades estatales y, por tanto, en relación con los contratos que las mismas celebren, además de regularse por el derecho común, deberá predicarse una naturaleza jurídica privada puesto que en modo alguno podrán tenerse como contratos estatales.”

privadas de tipo fundacional o asociativo (segundo inciso) sean adjudicatarias de bienes baldíos sobre los cuales se construiría o ampliaría la infraestructura de servicios públicos del país. Desde la perspectiva contraria (qué tipo de entidades están por fuera del marco de aplicación de la ley) puede decirse entonces que el legislador excluye a las *entidades de derecho privado que tengan ánimo de lucro*, las cuales, por tanto, no podrán solicitar la adjudicación regulada en este dispositivo legal.

En este escenario surge entonces la duda planteada por el organismo consultante sobre el alcance de la expresión "*entidades de derecho público*" contenida en el artículo 68 de la Ley 160 de 1994, en particular, si es dable interpretar que aquella cobija a todas las empresas o sociedades de participación mixta o solamente a las que tienen un determinado porcentaje de participación estatal.

Para resolver este interrogante, la Sala observa que no se puede hacer una aplicación pura y simple del criterio orgánico (es entidad pública cualquier empresa o sociedad en que haya algún tipo de participación estatal), pues de acuerdo con lo revisado inicialmente no parece claro que el artículo 68 de la Ley 160 de 1994 esté diseñado para facilitar la adjudicación de bienes baldíos a empresas o sociedades privadas con ánimo de lucro, lo que podría darse en el caso de entidades mixtas con predominio accionario de los particulares y baja participación estatal. Por tanto, asignar bienes baldíos de manera gratuita a entidades de naturaleza mixta en las que el Estado no tiene un mayor grado de injerencia y en las que el capital mayoritario es de naturaleza privada, sería discutible desde el punto de vista de la finalidad de la norma, dirigida, como ya se dijo y por vía de excepción, a facilitar el fortalecimiento de la infraestructura destinada a la prestación de servicios públicos.

En segundo lugar, la expresión *entidad de derecho público* en el contexto de la Ley 160 de 1994 no podría interpretarse tampoco como equivalente a entidades que en el desarrollo de su objeto aplican "*derecho público*", pues como se puntualizó anteriormente, no se debe confundir la naturaleza jurídica de las entidades (pública o privada) con el régimen jurídico aplicable a sus actos y operaciones. Además, por esa vía, la norma analizada perdería su eficacia, pues en el actual esquema constitucional y legal de los servicios públicos, las entidades estatales encargadas de su prestación lo hacen por regla general en régimen de competencia y conforme al derecho privado²⁶, de manera que, en la

²⁶ Sentencia C-389 de 2002. En Sentencia C-558 de 2001 se dijo: "En este orden de ideas, en procura de los cometidos señalados por el artículo 365 y siguientes de la Constitución se expidió la ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Esta ley dispuso en su artículo 32, como regla general, que la constitución y los actos de

práctica, ninguna de ellas podría solicitar la adjudicación de bienes baldíos analizada, lo cual resulta contrario al propósito legislativo de facilitar la construcción, ampliación y fortalecimiento de la infraestructura estatal de servicios públicos. Además debe tenerse en cuenta que la Ley 160 de 1994 es posterior a la Constitución y a otras normas como la Ley 142 de 1994 (de servicios públicos domiciliarios), por lo que unas y otras deben armonizarse en lugar de excluirse.

Por tanto, la Sala considera que la definición de entidad de derecho público que mejor se acompasa con el contenido de la Ley 160 de 1994, es la que se basa en la existencia o no de un límite mínimo de participación pública del 50% como requisito indispensable para considerar que una entidad de naturaleza mixta puede solicitar la adjudicación de bienes baldíos establecida en el artículo 68 analizado. De esta forma no se excluye a la generalidad de empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta (destinatarias naturales de la norma en virtud del régimen constitucional de los servicios públicos), pero con el cuidado de no extender el alcance de la norma a formas empresariales con predominio de lucro privado.

En consecuencia, para los efectos del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 se entiende por *entidades de derecho público* todas aquellas entidades que forman parte de la estructura y organización del Estado, salvo aquellas de naturaleza mixta en las que los aportes estatales sean inferiores al 50%. Dicho de otro modo, solamente aquellas empresas o sociedades mixtas con participación igual o superior al 50% de participación estatal podrán recibir en adjudicación bienes baldíos en los términos dispuestos en la Ley 160 de 1994.

Precisamente, la Sala llama la atención sobre el hecho de que la adjudicación analizada está vinculada por su finalidad al régimen de los servicios públicos, de modo que resulta particularmente relevante lo que en dicha legislación se ha entendido como entidad pública o privada a partir de la existencia o no de una participación pública mayoritaria, según se analizó anteriormente. Por tanto se trata de un criterio legal específicamente aplicable al caso, del cual no puede apartarse el intérprete.

las **empresas de servicios públicos** se rigen por el derecho privado, independientemente del tipo empresarial de que se trate, esto es: empresa de servicios públicos oficial, mixta, privada o empresa industrial y comercial del Estado.”

5) Advertencia adicional: la condición resolutoria de la adjudicación y el deber de vigilancia del ente adjudicante en relación con la destinación del bien

Según se ha señalado, la adjudicación de bienes baldíos a entidades de derecho público (incluidas las empresas o sociedades con participación estatal igual o superior al 50%), solo puede tener por finalidad el desarrollo de actividades que hayan sido declaradas por la ley como de utilidad pública o interés social o la construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos, *"bajo la condición de que si dentro del término que el Instituto²⁷ señalare no se diere cumplimiento al fin previsto, los predios adjudicados revertirán al dominio de la Nación"* (artículo 68).

Además, como se advirtió inicialmente, es necesario que los elementos objetivos (fines) y subjetivos (beneficiarios) de la adjudicación se mantengan en el tiempo como garantía de que los bienes adjudicados no terminen en manos de particulares o en usos distintos a los fijados por el legislador

Estas circunstancias de que la ley delimite con precisión el propósito de la adjudicación y la someta a una condición resolutoria en caso de que ese objetivo no se cumpla, denota que la disposición analizada tiene una fuerte vinculación con el interés general y la protección del patrimonio público, por los cuales debe velar la entidad encargada de la administración de los bienes baldíos de la Nación.

En este sentido, el artículo 68 de la Ley 160 de 1994 exige que:

- (i) la solicitud de adjudicación esté justificada *en proyectos concretos y verificables* de instalación o dotación de servicios públicos o de actividades de interés general definidas por el legislador.

²⁷ Mediante el Decreto Ley 2365 de 2015, publicado en el Diario Oficial No. 49.719 de 7 de diciembre de 2015, "se suprime el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones". Según lo establece el artículo 38 del Decreto Ley 2363 de 2015 -por el cual se crea la Agencia Nacional de Tierras, (ANT), se fija su objeto y estructura-, publicado en el Diario Oficial No. 49.719 de 7 de diciembre de 2015: *"todas las referencias normativas hechas al Incora o al Incoder en relación con los temas de ordenamiento social de la propiedad rural deben entenderse referidas a la Agencia Nacional de Tierras (ANT) (...) PARÁGRAFO. Las referencias normativas consignadas en la Ley 160 de 1994, y demás normas vigentes, a la Junta Directiva del Incora, o al Consejo Directivo del Incoder, relacionadas con las políticas de ordenamiento social de la propiedad, deben entenderse referidas al Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Tierras (ANT)"*.

- (ii) El destino del bien adjudicado no quede al libre arbitrio de la entidad pública adjudicataria; y
- (iii) Se establezcan salvaguardas y mecanismos de verificación para que los bienes adjudicados mantengan en el tiempo su afectación a los fines legales.

Por tanto, la Sala observa que la actuación de la entidad adjudicante no se agota con el acto de adjudicación, sino que se extiende mas allá de ese momento, **transformándose en un deber de vigilancia y seguimiento sobre la adecuada utilización del bien adjudicado**. Consecuencia de lo anterior, la entidad adjudicante tendrá el deber de asegurar, luego de la adjudicación:

- (i) que el bien se destinó efectivamente al propósito para el cual fue adjudicado, y
- (ii) que el bien adjudicado mantendrá su destinación y no será utilizado posteriormente para fines diferentes a los señalados por el legislador.

Así las cosas, en el acto de adjudicación debe quedar establecido de manera expresa que cualquiera de estas circunstancias dará lugar a la ocurrencia de la condición resolutoria y, por ende, al retorno de los bienes al patrimonio de la Nación (en caso de que el dominio del bien se hubiere transferido a la entidad pública adjudicataria). En el mismo sentido, deben incluirse las obligaciones de la entidad pública beneficiaria de acreditar el destino dado a los bienes, de rendir informes periódicos sobre su uso y de permitir la comprobación de esas circunstancias en cualquier tiempo.

De otra parte se tendrá que verificar, de conformidad con el Plan General de Contabilidad Pública, la forma en que la entidad adjudicante mantendrá en su contabilidad el registro de los bienes adjudicados en virtud del artículo 68 analizado -que podría ser a través de *cuentas de orden contingentes acreedoras o de control*²⁸-, de manera que se garantice el seguimiento y vigilancia a que se ha hecho referencia anteriormente.

²⁸ "9.1.5 Normas técnicas relativas a las cuentas de orden (...) 309. Las cuentas de orden deudoras y acreedoras contingentes registran hechos, condiciones o circunstancias existentes, que implican incertidumbre en relación con un posible derecho u obligación, por parte de la entidad contable pública. Estas contingencias pueden ser probables, eventuales o remotas, tratándose de las cuentas de orden deudoras contingentes y eventuales o remotas, tratándose de las cuentas de orden acreedoras contingentes. En ambos casos, dependiendo de la probabilidad de su ocurrencia, determinada con base en la información disponible (...) 311. Las cuentas de orden deudoras y acreedoras de control reflejan las operaciones que la entidad contable pública realiza con terceros pero no afectan su situación financiera, económica, social y ambiental, así

Finalmente, la Sala advierte que el bien baldío adjudicado deberá ser estimado económicamente dentro de los activos de la empresa o entidad pública receptora, de modo que su valor sea recuperado en alguna forma si el Estado llegase a vender posteriormente su participación en ella.

6) Análisis de las posibilidades de adjudicación a las empresas indicadas en la consulta

Con base en lo que se ha expuesto, la Sala observa lo siguiente en relación con las tres (3) empresas sobre las cuales recae la consulta:

(i) Ecopetrol

En primer lugar cabe señalar que la industria del petróleo en sus ramos de exploración, explotación, refinación, transporte y distribución se encuentra declarada como de utilidad pública según el artículo 4º del Código de Petróleos²⁹. Por tanto, se trata en principio de una industria cobijada por el ámbito de aplicación del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 que, como se dijo, se refiere a *“obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos, o cuyas actividades hayan sido declaradas por la ley como de utilidad pública e interés social”*.

En segundo lugar, en relación con el objeto y composición accionaria de ECOPETROL se observa lo siguiente:

- Mediante el Decreto Extraordinario 1760 de 2003 el objeto de ECOPETROL fue circunscrito a la exploración y explotación comercial, en régimen de competencia, de (i) las áreas vinculadas a todos los contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2003; (ii) las que hasta esa fecha estén siendo operadas directamente y (iii) las que le sean asignadas por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH (artículo 34)³⁰.

como las que permiten ejercer control sobre actividades administrativas, bienes, derechos y obligaciones. Las cuentas de orden deudoras y acreedoras de control clasifican los bienes propios o de terceros y los derechos y compromisos sobre los cuales se requiere realizar seguimiento y control.” (Plan General de Contabilidad Pública, disponible en www.contraduria.gov.co.)

²⁹ En concordancia con el Artículo 13 del Código de Minas: **“Artículo 13. Utilidad pública.** En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases (...).”

³⁰ La función de administración de los hidrocarburos de la Nación fue escindida de ECOPETROL y trasladada a otra entidad de conformidad con el artículo 1º del mismo Decreto 1760 de 2003: **“Artículo 1o. Escisión.** Escíndese de la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, la

Adicionalmente, ECOPETROL quedó facultada para desarrollar actividades comerciales de (i) refinación, procesamiento y cualquier otro proceso industrial de los hidrocarburos y sus derivados; (ii) distribución, transporte y almacenamiento de hidrocarburos, sus derivados y productos; (iii) comercialización nacional e internacional de gas natural, de petróleo, sus derivados y productos y (iv) la realización de *"cualesquiera actividades conexas, complementarias o útiles para el desarrollo de las anteriores"* (ibídem).

Además, por virtud del mismo Decreto 1760 de 2003, ECOPETROL pasó de ser empresa industrial y comercial del Estado a *"sociedad pública por acciones, vinculada al Ministerio de Minas y Energía"*, con posibilidad de *"establecer subsidiarias, sucursales y agencias en el territorio nacional y en el exterior"* (artículo 33)³¹.

- Posteriormente, la Ley 1118 de 2006 permitió la colocación en el mercado privado de un 20% de las acciones de la empresa (artículo 2º)³², con base en lo cual previó su transformación en *Sociedad de Economía Mixta* vinculada al Ministerio de Minas y Energía:

"Artículo 1o. Naturaleza jurídica de ECOPETROL S. A. Autorizar a Ecopetrol S. A., la emisión de acciones para que sean colocadas en el mercado y puedan ser adquiridas por personas naturales o jurídicas. Una vez emitidas y colocadas total o parcialmente las acciones de que trata la presente Ley, la sociedad quedará

administración integral de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación y la administración de los activos no estratégicos representados en acciones y participaciones en sociedades, en los términos que se establecen en el presente decreto."

³¹ Inicialmente, el Decreto 30 de 1951 creó la Empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL- como una *empresa oficial* encargada de la administración y explotación de los campos petrolíferos, oleoductos, refinerías, estaciones de abastecimiento, y en general, de todos o parte de los bienes muebles e inmuebles que revirtiera al Estado de acuerdo con las leyes y contratos vigentes sobre petróleo. Posteriormente, el Decreto 62 de 1970, por el cual se aprobaron sus estatutos, definió a ECOPETROL como una *empresa industrial y comercial del Estado*, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, que *"en su organización interna y en sus relaciones con terceros continuará funcionando como una sociedad de naturaleza mercantil (...) conforme a las reglas del derecho privado y a las normas contenidas en sus estatutos"*. La condición de empresa industrial y comercial del Estado de ECOPETROL es ratificada en el Decreto 1209 de 1994 (por el cual se aprueban sus nuevos estatutos), en el que se mantiene su objeto social y se dispone que en su organización interna y en sus relaciones con terceros *"continuará funcionando como una sociedad de naturaleza mercantil, dedicada al ejercicio de las actividades propias de la industria y el comercio del petróleo y sus afines, conforme a las reglas del derecho privado y a las normas contenidas en sus estatutos, salvo las excepciones consagradas en la ley"* (artículo 1º).

³² **"Artículo 2o. Capitalización de ECOPETROL S. A.** En el proceso de capitalización autorizado en el artículo 1º de esta ley, se garantizará que la Nación conserve, como mínimo, el ochenta por ciento (80%) de las acciones, en circulación, con derecho a voto, de Ecopetrol S. A."

organizada como una Sociedad de Economía Mixta de carácter comercial, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía; se denominará Ecopetrol S. A., su domicilio principal será la ciudad de Bogotá, D. C., y podrá establecer subsidiarias, sucursales y agencias en el territorio nacional y en el exterior.”

De conformidad con lo anterior, ECOPETROL es actualmente una *sociedad de economía mixta con participación estatal superior al 50%*, que desarrolla actividades de exploración, explotación, refinación, transporte, comercialización y distribución de hidrocarburos, las cuales, como se indicó inicialmente, han sido declaradas de utilidad pública por el legislador.

Por tanto ECOPETROL puede solicitar de manera justificada y con sujeción a las condiciones y fines anteriormente expuestos, la adjudicación de baldíos prevista en el artículo 68 de la Ley 160 de 1994.

(ii) CENIT S.A.S

La creación de esta empresa responde al ejercicio de la facultad conferida a ECOPETROL en el artículo 1º de la Ley 1118 de 2006 de *“establecer subsidiarias, sucursales y agencias en el territorio nacional y en el exterior.”*

Según sus estatutos³³, Cenit Transporte y Logística de Hidrocarburos S.A.S. es “una sociedad comercial, del tipo de las sociedades por acciones simplificada, de *economía mixta*, de nacionalidad colombiana, constituida bajo las leyes de la República de Colombia” (artículo 1º). Su objeto social es el transporte y/o almacenamiento de hidrocarburos, sus derivados, productos y afines, a través de sistemas de transporte y/o almacenamiento propios o de terceros en la República de Colombia o en el exterior (artículo 3º). Según indica la consulta, el único accionista de esta empresa es ECOPETROL S.A.

Se trata por tanto de una entidad descentralizada indirecta de carácter mixto que, al pertenecer a ECOPETROL, exhibe el mismo porcentaje de participación pública y privada de la empresa matriz, esto es una participación pública superior al 50%. Por tanto y como quiera que también desarrolla una actividad declarada de utilidad pública (el transporte de hidrocarburos), se le aplica la misma consecuencia señalada para ECOPETROL en cuanto a la posibilidad de ser adjudicataria de bienes baldíos en los términos del artículo 68 de la Ley 160 de 1994.

³³ www.cenittransporte.com

(iii) ISAGEN S.A. E.S.P.

De acuerdo con sus estatutos³⁴, ISAGEN S.A. E.S.P. está constituida como sociedad anónima, de carácter comercial, sometida al régimen jurídico establecido en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (artículo 2º). Su objeto es la generación y comercialización de energía eléctrica, la comercialización de gas natural por redes, así como la comercialización de carbón, vapor y otros energéticos de uso industrial (artículo 5º).

En cuanto a su naturaleza jurídica, los mismos estatutos de la entidad señalan que ISAGEN S.A. es una *empresa de servicios públicos mixta*, lo que indicaría, según las definiciones de la Ley 142 de 1994 anteriormente revisadas, que la participación estatal en la empresa estaría entre el 50 y el 90%.

No obstante, según la información pública disponible en su sede electrónica, la composición accionaria de ISAGEN a 31 de marzo de 2016 no corresponde realmente a la de una empresa de servicios públicos mixta esa situación, en la medida que la participación estatal es inferior al 16% (se resalta la participación estatal):

Tipo ID	Identificación accionista	Nombre accionista	Acciones	% de participación
NIT	9008383583	BRE Colombia Investments L.P.	1.570.490.767	57,61%
NIT	8909049961	Empresas Públicas de Medellín E.S.P.	358.332.000	13,14%
NIT	8002248088	Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir Moderado	158.428.302	5,81%
NIT	8002297390	Fondo de Pensiones Obligatorias Protección Moderado	99.942.705	3,67%
NIT	8999990823	Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P.	68.716.000	2,52%
NIT	8002279406	Fondo de Pensiones Obligatorias Colfondos Moderado	44.796.412	1,64%
NIT	8002530552	Old Mutual Fondo de Pensiones Obligatorias - Moderado	31.694.331	1,16%

³⁴Escritura Pública 678 del 2 de marzo de 2016 disponible en www.isagen.com.co

NIT	9004402831	Fondo Bursatil Ishares Colcap	17.281.964	0,63%
NIT	8002530552	Old Mutual Fondo de Pensiones Voluntarias	14.076.368	0,52%
NIT	8001700437	Fondo de Cesantías Porvenir	13.214.431	0,48%
NIT	9003320031	Vanguard Emerging Markerts Stock Index Fund	12.831.781	0,47%
NIT	9004255071	Terraforma Securities Holdings LLC	10.641.475	0,39%
NIT	9003519541	Vanguard Total International Stock Index Fund	8.552.296	0,31%
NIT	9003798964	Fondo de Pensiones Obligatorias Protección Mayor R	7.906.501	0,29%
CC	1094204	Cubides Olarte Henry	6.300.896	0,23%
NIT	9003799210	Fondo de Pensiones Obligatorias Protección Retiro	6.264.182	0,23%
NIT	9008033504	Bancard International Investment INC	6.207.274	0,23%
NIT	9003949600	Fondo Especial Porvenir de Retiro Programado	5.739.362	0,21%
NIT	8001704945	Fondo de Cesantías Protección - Largo Plazo	5.634.742	0,21%
NIT	8001704945	Fondo Cesantías Protección - Corto Plazo	5.342.895	0,20%
Otros Accionistas			273.677.316	10,04%
TOTAL			2.726.072.000	100,00%

De acuerdo con lo anterior ISAGEN S.A. E.S.P. es actualmente **una empresa de servicios públicos privada**³⁵, por lo cual, conforme se ha dejado expuesto, no

³⁵ Ley 142 de 1994: "Artículo 14 (...) 14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios

puede beneficiarse de la adjudicación de bienes baldíos prevista en el artículo 68 de la Ley 160 de 1994.

D. LO QUE DEBE ENTENDERSE POR “CONSTRUCCIÓN DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA DESTINADAS A LA INSTALACIÓN O DOTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS”

El organismo consultante pregunta también el alcance que debe darse a la expresión “*construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de servicios públicos*” del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 que se ha venido analizando. Esta expresión, como se dijo anteriormente, delimita el objeto de las adjudicaciones que pueden hacerse a favor de entidades de derecho público y determina deberes especiales de control y seguimiento por parte de la entidad que hace la adjudicación.

Para su análisis la Sala dividirá la expresión analizada en dos partes: (i) “*construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de...*”; y (ii) “*servicios públicos*”

1. Lo que debe entenderse por “construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación de...”

En relación con la primera parte del enunciado (*construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación*) la Sala considera que deben tenerse en cuenta al menos dos aspectos:

- Por una parte, el sentido natural y obvio de las palabras de la ley, de acuerdo con la regla de interpretación contenida en la primera parte del artículo 28 del Código Civil. Así, según la Real Academia de la Lengua³⁶:

(i) **construcción** es acción y efecto de construir; y construir es “*hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento o en general cualquier obra pública*”;

(ii) **obra** es “*cosa hecha o producida por un agente (...) edificio en construcción (...) lugar donde se está construyendo algo*”;

(iii) **infraestructura** se define como “*obra subterránea o estructura que sirve de base de sustentación a otra (...) conjunto de elementos, dotaciones*”

internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.”

³⁶ www.rae.es.

o servicios necesarios para el buen funcionamiento de un país, de una ciudad o de una organización cualquiera”;

(iv) **instalación** es la acción y efecto de instalar; e instalar es *“poner o colocar en el lugar debido a alguien o algo (...) colocar en un lugar o edificio los enseres y servicios que en él se hayan de utilizar, como en una fábrica, los conductos de agua, aparatos para la luz, etc.”;* y

(v) **dotación** es *“acción y efecto de dotar (...) suelo destinado a un determinado uso, especialmente al de instalaciones públicas”;* y dotar es *“equipar, proveer a una cosa de algo que la mejora”.*

Desde esta perspectiva la expresión *“construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación”* de servicios públicos, indica que los bienes baldíos que se adjudiquen a las entidades de derecho público deben ser necesarios para edificar, montar, construir, ampliar o dar continuidad a estructuras, instalaciones, redes o dotaciones necesarias para satisfacer necesidades de interés general que han sido sometidas por la Constitución o la ley al régimen de los servicios públicos.

- En segundo lugar y como quiera que los servicios públicos se encuentran regulados por la ley (artículo 365 C.P.), el sentido natural y obvio de la expresión analizada debe ser complementado en cada caso de acuerdo con el régimen propio de cada servicio público, a la luz de lo cual pueden adquirir un significado especial y más concreto. Así por ejemplo, los conceptos de *obra, infraestructura, instalación o dotación* pueden ser distintos en el sector transporte (ligados a los medios necesarios para integrar físicamente al país, artículo 12³⁷ de la Ley 105 de 1993), en el sector de energía eléctrica (referidos a las obras y elementos necesarios para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, artículos 5 y 11 de la Ley 143 de 1994), en el sector de telecomunicaciones (relacionados con las redes, equipos de transmisión y espacio electromagnético, artículos 2 y 10 de la Ley 1341 de 2009), etc.

Por tanto, la autoridad encargada de la adjudicación del bien baldío deberá verificar en cada caso el uso que se vaya dar al bien y su relación directa con las necesidades de *construcción de obras de infraestructura destinadas a la instalación o dotación* del servicio público que cumpla de manera específica la

³⁷ **Artículo 12°.-** *Definición e integración de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación.* Se entiende por infraestructura del transporte a cargo de la Nación, aquella de su propiedad que cumple la función básica de integración de las principales zonas de producción y de consumo del País, y de éste con los demás países”.

entidad pública beneficiaria.

2. Lo que debe entenderse por “servicios públicos”

Respecto de la segunda parte de la expresión analizada, esto es, lo que en el contexto de la Ley 160 de 1994 debe entenderse por “*servicios públicos*”, la Sala observa que si bien la Constitución Política no define este término, si se refiere a su régimen jurídico en el Capítulo V del Título XII, artículos 365 a 370, que se ocupa de la “*Finalidad social del Estado y de los Servicios Públicos*”.

Según estas disposiciones constitucionales los servicios públicos (i) son inherentes a la finalidad social del Estado; (ii) su prestación eficiente a todos los habitantes debe ser garantizada por el Estado; (iii) su régimen jurídico será el que determine la ley; (iv) pueden ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares; (v) son objeto de regulación, control y vigilancia por parte del Estado; y (vi) su explotación puede ser reservada de manera exclusiva al Estado, previa indemnización a los particulares que estuvieran ejerciendo la respectiva actividad de manera lícita (artículo 365). También se señala que dentro de los fines estatales de bienestar general y mejoramiento de la calidad de vida de la población será objetivo fundamental la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable (artículo 366). Asimismo se le asigna a la ley la función de fijar las competencias y responsabilidades para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad, financiación y el régimen tarifario, y se establece que los municipios asumirán su prestación cuando las características técnicas y económicas del servicio y el interés general así lo aconsejen (artículo 367). Además se permite la concesión de subsidios para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios (artículo 368), se difiere a la ley la fijación del régimen de deberes y derechos de los usuarios (artículo 369) y se le asigna a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la función de inspección, control y vigilancia sobre las entidades prestadoras de tales servicios (artículo 369).

De otro lado, la Constitución Política califica como servicios públicos la salud y el saneamiento ambiental, la educación y el servicio de notariado y registro (artículos 49, 67 y 131, respectivamente); los artículos 150 numeral 23 y 189 numeral 22 ibídem, ratifican las competencias del Congreso de la República para expedir las leyes que regirán la prestación de los servicios públicos y del Presidente de la República para ejercer su inspección y vigilancia; el artículo 56 garantiza la huelga salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador; el artículo 86 difiere al legislador la función de señalar en qué casos procede la acción de tutela contra los particulares encargados de la prestación de un servicio público; el artículo 106 consagra el derecho de los habitantes de

las entidades territoriales a tener representantes en las empresas de servicios públicos de la respectiva corporación territorial; los artículos 289, 302, 311 y 319 se refieren a las competencias de las entidades territoriales en materia de servicios públicos; el artículo 334 permite la intervención del Estado en los servicios públicos con el fin de racionalizar la economía y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo *al conjunto de los bienes y servicios básicos*; los artículos 356 y 357, relativos al Sistema General de Participaciones y la distribución de competencias, servicios y recursos entre la Nación y las entidades territoriales, indican que los recursos asignados a los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, con prioridad por el servicio de salud, los servicios de educación, preescolar, primaria, secundaria y media, y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico.

Por tanto, al ser los “*los servicios públicos*” actividades sujetas a un régimen constitucional y legal especial y a la regulación y supervisión del Estado³⁸, la Sala considera que en el contexto del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 analizado, solo pueden entenderse incluidos en esa expresión:

- (i) los servicios públicos definidos como tales por la Constitución y
- (ii) las demás actividades a las cuales la ley les haya dado expresamente ese carácter.

En consecuencia, no se podrá acudir a definiciones doctrinarias o materiales para considerar *servicios públicos* y beneficiar con la adjudicación de baldíos a

³⁸ Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado: “De los postulados consagrados en los artículos 365 a 370 de la Constitución, pueden deducirse estas características en relación con los servicios públicos: tienen una connotación eminentemente social en la medida en que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y por ello deben ser prestados en forma eficiente; constituyen un asunto de Estado y por lo tanto pertenecen a la órbita de lo público, de ahí que deben ser prestados a todos los habitantes; su régimen tarifario debe tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso; por razones de soberanía o de interés social el Estado puede reservarse su prestación previa indemnización a quienes queden privados del ejercicio de esta actividad; su prestación es descentralizada pues descansa fundamentalmente en las entidades territoriales; y, finalmente el pago de los subsidios a los estratos pobres involucra recursos de la Nación y de las entidades territoriales.” (Sentencia C-389 de 2000. También se ha señalado por la jurisprudencia que los servicios públicos “son actividades que el Estado tiene el deber de prestar a todos los habitantes del territorio nacional, de manera eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones, en forma directa, o mediante el concurso de los particulares, con el propósito de satisfacer las necesidades de interés general que la sociedad demanda” (Sentencia C-075 de 1997). Ver también Sentencia C-037 de 2003 que hace un estudio detenido de la noción de “servicio público” para diferenciarlo del concepto de “función pública. Igualmente Sentencia C-473 de 1994 que diferencia entre servicios públicos y servicios públicos esenciales.

entidades o personas jurídicas que cumplan actividades distintas de aquellas a las que la propia Constitución o la ley les han dado esa condición. Como se dijo, el artículo 68 de la Ley 136 de 1994 debe ser analizado de manera restrictiva, de modo que se priorice la destinación principal de los bienes baldíos y no haya una disposición indebida de esos bienes públicos.

Cabe aclarar en todo caso, dadas las actividades que presta una de las entidades sobre las cuales se consulta, que, lógicamente, dentro del concepto de *servicio público* caben *los servicios públicos domiciliarios*, los cuales son una especie de los primeros:³⁹

“La noción de servicios públicos es amplia y comprende la categoría especial de los servicios públicos domiciliarios, sobre los cuales ya la Corte se ha ocupado en varias oportunidades y los ha definido como “aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas”⁴⁰

En consecuencia también son servicios públicos a la luz del artículo 68 de la Ley 160 de 1994, los definidos en la Ley 142 de 1994, esto es, los de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural (artículos 1º y 14-21), así como *las actividades complementarias a tales servicios*, a los cuales la misma Ley 142 les extiende la condición de servicios públicos⁴¹.

Con base en lo anterior,

(III) La Sala RESPONDE:

1. Para los efectos del artículo 68 de la Ley 160 de 1994, ¿qué se entiende por “entidades de derecho público” y por “instalación o dotación de servicios públicos”?

³⁹ Ver también Sentencia C-378 de 2010 que declaró inexecutable la expresión “domiciliarios” del numeral 3º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 en cuanto limitaba la posibilidad de ejercer la acción de tutela contra los particulares que prestaran cualquier tipo de servicio público y no solamente los domiciliarios.

⁴⁰ Sentencias C-041 de 2003.

⁴¹ “Artículo 14.20 Servicios públicos. Son todos los *servicios y actividades complementarias* a los que se aplica esta Ley (...). A su vez el artículo 14.2 define actividad complementaria “14.2 Actividad complementaria de un servicio público. Son las actividades a las que también se aplica esta Ley, según la precisión que se hace adelante, al definir cada servicio público. Cuando en esta Ley se mencionen los servicios públicos, sin hacer precisión especial, se entienden incluidas tales actividades.” (se subraya)

Para los efectos del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 se entiende por *entidades de derecho público* todas aquellas entidades que forman parte de la estructura y organización del Estado, salvo aquellas de naturaleza mixta en las que los aportes estatales sean inferiores al 50%.

En cualquier caso la solicitud de adjudicación debe estar justificada *en proyectos concretos y verificables* de instalación o dotación de servicios públicos o de actividades que hayan sido declaradas por la ley como de utilidad pública e interés social.

Además, como quiera que el destino del bien adjudicado y sus posibles usos está definido por la ley y no queda al libre arbitrio de la entidad pública adjudicataria, la entidad que hace la adjudicación está especialmente obligada a:

- (i) Hacer seguimiento sobre la adecuada utilización del bien adjudicado.
- (ii) Hacer efectiva la condición resolutoria si el bien adjudicado no se destina efectivamente al propósito para el cual fue adjudicado o si posteriormente se cambia su uso a fines diferentes a los señalados por el legislador.

En cuanto al significado de la expresión *“instalación y dotación de servicios públicos”*, ésta debe entenderse en su sentido natural y obvio, esto es, como las acciones de edificar, montar, construir, ampliar o dar continuidad a estructuras, instalaciones, redes o dotaciones necesarias para satisfacer necesidades de interés general que han sido consideradas por la Constitución o la ley como servicios públicos. Para su aplicación deberá tenerse en cuenta además lo que respecto de cada servicio público señalen las leyes que lo regulan.

2. *¿Las sociedades de economía mixta cuya participación estatal sea inferior al 90% pueden ser sujetos de adjudicación de predios baldíos, cuando se den los supuestos establecidos en el artículo 68 de la Ley 160 de 1994?*

3. *¿Son sujetos de adjudicación de predios baldíos las sociedades creadas como filiales, o bajo cualquier otra denominación, por parte de sociedades de economía mixta cuya participación estatal sea inferior al 90%?*

4. *¿Son sujetos de adjudicación de predios baldíos las sociedades creadas como filiales, o bajo cualquier otra denominación, por parte de sociedades de economía mixta cuya participación estatal sea inferior al 90% y con participación en la creación de la filial por parte de personas privadas?*

Pueden ser objeto de adjudicación de bienes baldíos en los términos del artículo 68 de la Ley 160 de 1994 las sociedades o empresas de economía mixta con

capital público igual o superior al 50%, o las filiales de estas siempre que en las mismas exista también una participación estatal mayoritaria. Por lo mismo, también pueden serlo las entidades descentralizadas indirectas o las sociedades creadas como filiales, o bajo cualquier otra denominación, por parte de sociedades de economía mixta con participación estatal superior al 50%, siempre que en tales filiales o subsidiarias también exista una participación pública mayoritaria.

5. ¿Son específicamente sujetos de adjudicación de predios baldíos ISAGEN S.A. E.S.P., ECOPETROL S.A. y CENIT S.A.S.?

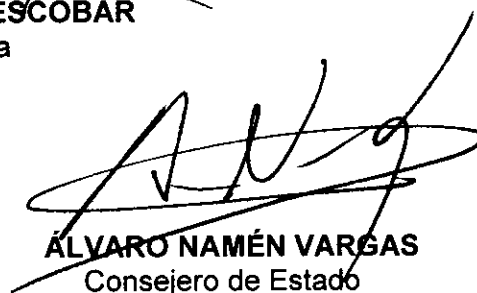
Con las limitaciones y condiciones señaladas en la primera respuesta, ECOPETROL S.A. y CENIT S.A.S. pueden ser beneficiarios de la adjudicación de baldíos prevista en el artículo 68 de la Ley 160 de 1994, dado que tienen una participación estatal mayoritaria y desarrollan una actividad declarada de utilidad pública por el legislador.

Por el contrario, ISAGEN S.A. E.S.P. no puede solicitar esa adjudicación de bienes baldíos, en la medida que si bien tiene por objeto la prestación de servicios públicos, la participación pública es minoritaria y por virtud de ello es considerada por la ley como una empresa de servicios públicos privada.

Remítase al señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.


GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala


EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado


ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado


LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

19 2 SET. 2016

LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO No. 201611100191021 DE
FECHA 06 DE SEPTIEMBRE DE 2016. MINISTERIO DE AGRICULTURA Y
DESARROLLO RURAL