



Función Pública

Concepto 212501 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000212501

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000212501

Fecha: 03/06/2020 04:56:50 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: ENTIDADES. Naturaleza Jurídica. Radicado: 20202060207902 del 27 de mayo de 2020.

En atención a la radicación de la referencia, en la cual consulta,

“Si un trabajador contratado por una sociedad por acción simplificada registrada en la cámara de comercio, y constituida como sociedad de economía mixta con porcentaje de participación estatal o pública inferior al 50% y que contrata a su personal bajo contrato de trabajo reglado por el Código Sustantivo del Trabajo, incluyendo lo que corresponde al régimen disciplinario, salarial y prestacional, puede considerar que su personal son trabajadores particulares o en su defecto servidores públicos”.

Se da respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es importante precisar que conformidad con el Decreto [430](#) de 2016, este Departamento Administrativo, efectúa la interpretación general de la normatividad vigente, por lo tanto, no tiene competencia para intervenir en situaciones particulares de las diferentes entidades públicas, por esa razón, solo daremos información general respecto del tema materia de consulta

La Ley [489](#) de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo [189](#) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, dispone:

ARTÍCULO [49](#). Creación de organismos y entidades administrativas. Corresponde a la ley, por iniciativa del Gobierno, la creación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y los demás organismos y entidades administrativas nacionales.

Las empresas industriales y comerciales del Estado podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma.

Las sociedades de economía mixta serán constituidas en virtud de autorización legal.

PARÁGRAFO. Las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal.

(...)

ARTÍCULO 97. Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado.

Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

PARÁGRAFO. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

(Declarado inexecutable (inciso 2) Sentencia de la Corte Constitucional C-953 de 1999)

Al respecto, la sentencia C-736 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy, indicó:

“(…) Ahora bien, en desarrollo de la atribución constitucional de establecer el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta, el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 señala que “las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

(Destaca la Corte) Por su parte, el Código de Comercio en su artículo 461 dispone que “(s)on de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado. Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.” (Destaca la Corte). 5 Por la cual se definen los procedimientos y condiciones de inscripción de los Prestadores de Servicios de Salud y de habilitación de servicios de salud.

6 Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

“(…) los elementos configurativos de las sociedades de economía mixta son (i) creación o autorización legal, (ii) carácter de sociedades comerciales; (iii) su objeto social es el cumplimiento de actividades industriales y comerciales, con ánimo de lucro; (iv) sujeción a las reglas de Derecho Privado, “salvo las excepciones que consagra la ley”; (v) capital integrado por aportes del Estado y de particulares, en cualquier proporción; (vi) vinculación a la Rama ejecutiva como integrante del sector descentralizado y consecuente sujeción a controles administrativos. (Negrilla fuera de texto) (...)”

De otra parte, la misma Corporación Judicial en apartes de la Sentencia C - 338 de 2011, indicó:

“5.1.2. El régimen jurídico de las sociedades de economía mixta y sus excepciones, Ahora bien, aunque la regla general indica que las sociedades de economía mixta están sujetas a un régimen de derecho privado, el hecho de que al legislador le corresponda definir su régimen jurídico le permite introducir “diferencias” o “salvedades a la aplicación del régimen general establecido para dichas sociedades de economía mixta””

Tales diferencias o salvedades se fundan en “el porcentaje de capital público presente en dichas entidades], ya que, “en atención al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales en las empresas de economía mixta, puede el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pues es claro que para el efecto existe libertad de configuración legislativa”.

(...)

Así mismo, a título de ejemplo, también cabe citar que la Corte encontró avenida a la Constitución una expresión contenida en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, según la cual, para efectos de contratación administrativa, son entidades estatales aquellas “en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), tras estimar que “entre las salvedades al régimen general aplicable” bien puede estar la que prevé que para los solos efectos de contratación se considere que a algunas sociedades de economía mixta se les aplique “el estatuto de contratación de las entidades estatales”

La Corte ha advertido que las salvedades al régimen de derecho privado basadas en el porcentaje de participación pública tienen un importante fundamento en la preponderante misión que les atañe a las sociedades de economía mixta “de atraer el capital privado hacia el desarrollo conjunto de proyectos de interés general y asumir directamente dentro de un ente societario los resultados de la correspondiente gestión con sus beneficios y responsabilidades”, elemento que “permite encontrar razonable que el legislador determine modulaciones en cuanto al régimen aplicable”.

De conformidad con el párrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, sólo en el evento en que el Estado tenga una participación en el capital social de la empresa superior al 90%, su régimen será el de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, en la cual según el Decreto 3135 de 1968 sus trabajadores tienen la calidad de Trabajadores Oficiales.

Para las demás sociedades de economía mixta, esto es, aquellas que tienen una participación del Estado del 89.99%, en el capital o un porcentaje inferior a este se rigen en su actividad comercial y en sus vinculaciones laborales por las disposiciones del derecho privado, lo que significa que sus trabajadores se rigen por las disposiciones del Código Sustantivo de Trabajo.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/web/eva/gestor-normativo>, «Gestor Normativo», donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Alexandra Guzmán Quintero.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:50:09