



Función Pública

Concepto 361881 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000361881

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000361881

Fecha: 04/08/2020 10:40:35 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: ENTIDADES - Naturaleza - director, Gerente Regional o Seccional de una Sociedad Portuaria - RAD. 20202060273452 del 30 de junio de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual realiza los siguientes interrogantes: “1. ¿El régimen administrativo, contractual y laboral de una sociedad anónima de naturaleza portuaria oficial, debe ser el régimen propio de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado? 2. Bajo qué régimen jurídico se debe vincular al señor Gerente de la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA DORADA - RÍO GRANDE DEL MAGDALENA S.A.? 3. En caso de que el Gerente de la Sociedad tenga la calidad de Empleado Público por asimilarse a una Empresa Industrial y Comercial del Estado, ¿cuál sería la formalidad del acto de nombramiento, si al tenor del artículo 31 de la Ley 1 de 1991 los actos y contratos se rigen por el derecho privado, sin importar el monto de los aportes públicos? 4. La remuneración del Gerente de una sociedad anónima portuaria oficial departamental debe obedecer a algún criterio específico contenido en el ordenamiento jurídico o es una decisión autónoma de la Junta Directiva? 5. La naturaleza de sociedad portuaria oficial del nivel departamental o municipal debe obedecer al criterio de la mayoría de la participación accionaria en la misma? 6. Atendiendo a la naturaleza jurídica de las sociedades portuarias, ¿es posible jurídicamente vincular al gerente de la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA DORADA - RÍO GRANDE DEL MAGDALENA S.A. mediante contrato de trabajo, teniendo en cuenta que el régimen aplicable es de derecho privado? 7. En caso afirmativo de lo anterior. ¿Quién debe suscribir el contrato de trabajo del Gerente, en representación de la sociedad?”.

Al respecto me permito manifestar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, competencia atribuida a los jueces de la república.

Ahora bien, para abordar su consulta, es necesario indagar la naturaleza jurídica de la Sociedad Portuaria De La Dorada - Río Grande del Magdalena S.A a través de sus actos de creación. Sin embargo, como los mismos no fueron aportados al cuerpo de la consulta y tampoco fue posible consultarlos en la página web, el análisis se hará en virtud a los supuestos de hecho que señaló en el escrito de petición.

En dicho sentido señala en su escrito de consulta que “la Sociedad Portuaria De La Dorada - Río Grande del Magdalena S.A es una sociedad del tipo de las anónimas, de naturaleza pública, del orden departamental con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio

independiente, conformada por los siguientes accionistas públicos: 1. Municipio de La Dorada 84.78% 2. Inficaldas 7.06% 3. Gobernación de Caldas 4.54% 4. ESP de La Dorada 3.53% 5. Cormagdalena 0.10%.”

Por su parte, la Ley 1 de 1991 “Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones” sobre las sociedades portuarias, dispuso:

“Artículo 1º Principios generales. En desarrollo del artículo 32 de la Constitución Política, la dirección general de la actividad portuaria, pública y privada estará a cargo de las autoridades de la República, que intervendrán en ella para planificarla y racionalizarla, de acuerdo con esta Ley.

La creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, dentro de las condiciones previstas en esta Ley, son de interés público.

Tanto las entidades públicas, como las empresas privadas, pueden constituir sociedades portuarias para construir, mantener y operar puertos, terminales portuarios o muelles y para prestar todos los servicios portuarios, en los términos de esta Ley.

-

(...)

Las sociedades portuarias, oficiales, particulares y mixtas y los operadores portuarios que desarrollen actividades en los puertos de servicio público, deben adelantarlas de acuerdo con reglas de aplicación general, que eviten privilegios y discriminaciones entre los usuarios de sus servicios; y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar la competencia desleal o crear prácticas restrictivas de la misma. Serán responsables civilmente por los perjuicios que ocasionen al apartarse de tales reglas o al incurrir en estas prácticas.

Las entidades públicas pueden aportar capital y constituir garantías a las sociedades portuarias, en los términos de esta Ley; pero ni las sociedades portuarias oficiales ni las mixtas recibirán u otorgarán privilegios o subsidios de tales entidades o en favor de ellas

Las disposiciones del presente estatuto se aplicarán e interpretarán de conformidad con este artículo.” (Destacado nuestro)

ARTÍCULO 5º. Definiciones. Para la correcta interpretación y aplicación de esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

5.20. Sociedad portuaria. Son sociedades anónimas, constituidas con capital privado, público, o mixto, cuyo objeto social será la inversión en construcción y mantenimiento de puertos, y su administración. Las sociedades portuarias podrán también prestar servicios de cargue y descargue, de almacenamiento en puertos, y otros servicios directamente relacionados con la actividad portuaria.

5.21. Sociedad portuaria oficial. Es aquella cuyo capital pertenece en más del 50% a entidades públicas.

5.22. Sociedad portuaria particular. Es aquella cuyo capital pertenece en más del 50% a personas privadas.

(...)” (Destacado nuestro)

“ARTÍCULO 29. Autorización para constituir sociedades portuarias y para vender acciones. Se autoriza para constituir sociedades portuarias a:

29.1. La Nación y a sus entidades descentralizadas.

29.2. Las entidades territoriales en cuya jurisdicción se encuentran los terrenos en los que opera o ha de operar un puerto; y a sus entidades descentralizadas.

Las entidades públicas pueden vender sus acciones en las sociedades portuarias cuya constitución se autoriza en esta Ley. Usarán para ello las bolsas de valores, o remates, u otros sistemas que aseguren amplia posibilidad de concurrencia. En igualdad de condiciones se preferirá siempre, como compradores a las entidades territoriales en donde se encuentren situados los puertos, o a sus entidades descentralizadas.

PARÁGRAFO. Las sociedades portuarias serán en consecuencia entes, con autonomía administrativa, patrimonio propio y personería jurídica.

“ARTÍCULO 30. Operaciones. Las sociedades portuarias pueden contratar con terceros la realización de algunas o todas las actividades propias de su objeto; o permitir que los terceros presten servicios de operación portuaria dentro de sus instalaciones.”

“ARTÍCULO 31. Régimen jurídico. Las sociedades portuarias se rigen por las normas del Código de Comercio, por esta Ley y por las disposiciones concordantes.

Los actos y contratos de las sociedades portuarias en donde existen aportes públicos, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atención al porcentaje que tales aportes representen dentro del capital, ni a la naturaleza del acto o contrato. Las sociedades portuarias en donde exista capital de la Nación se considerarán vinculadas al Ministerio de Obras Públicas y Transporte; las demás, a la entidad territorial de la cual provenga su capital. (Destacado nuestro)

En igual sentido, la Ley 1242 de 2008 “por la cual se establece el Código Nacional de Navegación y Actividades Portuarias Fluviales y se dictan otras disposiciones.”, sobre la definición de sociedad portuaria, dispuso:

- *Sociedad Portuaria. Son sociedades constituidas con capital privado, público o mixto, cuyo objeto social será: la construcción, mantenimiento, rehabilitación, administración y operación de los terminales.*

Las sociedades que tengan que desarrollar actividades portuarias dentro de su cadena productiva para servicio privado, no necesitan concurrir a formar una sociedad portuaria de objeto único, bastará para ellas la ampliación de su objeto social a la realización de actividades portuarias. Esta disposición se aplicará en lo pertinente a todo tipo de sociedades que desarrollen actividades portuarias.

De acuerdo a los artículos anteriormente transcritos, las sociedades portuarias son sociedades anónimas con autonomía administrativa, patrimonio propio y personería jurídica, constituidas con capital privado, público, o mixto, cuyo objeto social será la inversión en construcción y mantenimiento de puertos, y su administración. En los términos de la Ley 1 de 1992 las entidades públicas pueden aportar capital y constituir garantías a las sociedades portuarias. En cuanto a su clasificación, las Sociedades oficiales son aquellas cuyo capital pertenece en más del 50% a entidades públicas; por su parte, las Sociedades portuarias particulares son aquellas cuyo capital pertenece en más del 50% a personas privadas.

Sobre el régimen jurídico aplicable de estas sociedades señala la norma que, se rigen por las normas del Código de Comercio, por la Ley 1° de 1991 y por las disposiciones concordantes, así mismo indicó que los actos y contratos de las sociedades portuarias en donde existen aportes públicos, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atención al porcentaje que tales aportes representen dentro del capital, ni a la naturaleza del acto o contrato. Las sociedades portuarias en donde exista capital de la Nación se considerarán vinculadas al Ministerio de Obras Públicas y Transporte; las demás, a la entidad territorial de la cual provenga su capital.

De acuerdo a lo anteriormente señalado, como quiera que las sociedades portuarias oficiales son aquellas en las que más del 50% de su capital está conformado por entidades públicas, se tiene entonces que para el caso que nos ocupa la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA DORADA - RÍO GRANDE DEL MAGDALENA S.A. es una sociedad portuaria de naturaleza pública de la clasificación "oficial".

Ahora bien, sobre el tema de consulta, se hace necesario considerar lo expresado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante Concepto No. 1815 del 26 de abril de 2007, en el que se dispuso:

"(...) A. El criterio de la clasificación en personas jurídicas públicas.

Son dos los elementos necesarios para que pueda calificarse una persona jurídica² con el atributo de ser pública: que exista una decisión política en su creación, y que para su funcionamiento, se asigne cualquier tipo de recurso valorable económicamente, como lo son el talento humano, los bienes materiales o los dineros públicos. Pasa la Sala a explicar brevemente estos dos elementos.

La creación de una persona jurídica sometida al derecho público, se adopta por la propia Constitución Política, o por el Congreso en virtud de las competencias que le entrega el artículo 150 numeral 7 de la Carta, según el cual, 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; reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía; asimismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta."

(...)

De aquí se extrae un efecto jurídico que es esencial para este concepto y consiste en que, necesariamente, la decisión de crear o autorizar una persona jurídica pública, está sometida al derecho público; no puede darse el caso de que esa autorización o creación ocurra mediante una determinación adoptada conforme a las normas del derecho privado, ni siquiera en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que se aplica a los contratos que celebren algunas entidades conforme a la ley 80 de 1993³.

(...)

El segundo elemento que debe concurrir en una persona jurídica para que pueda tenerse como pública es el referente a la asignación de recursos para el funcionamiento de la misma. Como se expuso, estos recursos pueden ser de variada índole, pero lo que es esencial es que su fuente u origen sea público. El Estado puede aportar la totalidad de los necesarios para su funcionamiento o sólo una parte de los mismos y dejar al sector privado que participe en su financiación; sin embargo, basta con que el Estado contribuya mínimamente, para que exista una persona jurídica de derecho público. De modo que para que una persona jurídica pueda calificarse como pública, es indiferente la proporción del aporte estatal, pues la mayor o menor proporción sirve para definir el tipo de entidad administrativa de que se trate, pero no para definir si posee o no carácter público.

Es conveniente citar el tercer inciso del artículo 97 de la ley 489 de 1998, que al definir las sociedades de economía mixta expresa que "las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen"; esta norma claramente se fundamenta en lo expuesto, que consiste en definir, que para que una entidad pueda ser catalogada como pública, la decisión de participar en ella debe tener íntima relación con la realización de los fines del Estado, adoptada por el legislador, las asambleas departamentales o los concejos distritales y municipales, por lo que una inversión temporal de recursos, o la obtención de acciones de una sociedad privada sin que esté acompañada de la intención de ejercer funciones Estatales a través de la misma, no le dan la condición de entidad pública.

B. Los criterios de la pertenencia a los diferentes órdenes administrativos y del carácter asociativo o unilateral.

Con el fin de establecer en qué casos es jurídicamente posible que haya entidades administrativas atípicas, es necesario tener en cuenta la posición que en la jerarquía normativa ocupa la norma que crea o autoriza la entidad, y la posición que en la misma jerarquía ocupa la norma que organiza la entidad.

Como se observa, se distingue entre la norma de creación o de autorización de una entidad, de la norma de organización de la misma. Con el fin de explicar esta distinción es necesario distinguir entre aquellas entidades que son creadas por acuerdo o asociación, de aquellas entidades creadas mediante un acto unilateral.

Las segundas deben ser creadas y organizadas por la ley, ordenanzas o acuerdos; esto significa que mediante normas de rango legal, departamental o municipal, se crea y además se estructura esta clase de entidades, por lo que es en estas normas que hay que buscar su regulación, los elementos que las constituyen, el derecho aplicable, etc. Las entidades de carácter asociativo deben ser autorizadas por estas mismas normas, pero su organización se hace a través de estatutos que son acordados por los miembros que las conforman. Para este último grupo, existe campo para los estatutos, suerte de reglas convenidas entre los miembros que constituyen la entidad, las que estarán siempre por debajo de la ley de autorizaciones.

En relación con las entidades administrativas del orden nacional, en la ley 489 de 1998 aparecen los elementos y las características de los diferentes tipos o categorías que allí se estructuran. Formalmente, esta es una ley ordinaria de manera que su fuerza normativa es la de cualquier otra ley. De este aserto se desprende entonces que la ley de creación de una nueva entidad puede optar por ordenar la aplicación de las reglas de uno cualquiera de los tipos de la ley 489 de 1998, o también puede crearla en forma totalmente atípica sin ceñirse a lo dispuesto por ésta, caso en el cual la ley especial de creación y organización de determinada entidad prima sobre la general, excepcionándola para ese caso concreto. La ley 489 de 1998 se podría aplicar si hubiere vacíos normativos, según las reglas que se exponen adelante.

En relación con una ley de autorización para la creación de una entidad con carácter de asociación o de sociedad, pueden darse las mismas dos situaciones anteriores, pues puede ordenar que se organice conforme a uno de los tipos definidos por la ley 489 de 1998, caso en el cual ésta se vuelve absolutamente obligatoria, pero también puede ordenar crear una entidad atípica, por lo que los estatutos que se acuerden deberán desarrollar este mandato.

En relación con la administración territorial, la ley 489 de 1998 sólo se aplica en cuanto a las “características y régimen de las entidades descentralizadas”, no siendo obligatoria en la determinación de la estructura del sector central de las entidades territoriales, que está conformado por organismos y dependencias, mas no por entidades.

De lo expuesto se desprende entonces que la fuerza normativa de las reglas que organizan los diferentes tipos de entidades administrativas consagradas en la ley 489 de 1998, es diferente dependiendo de los factores antes expuestos, por lo que es posible ordenar jerárquicamente las normas a las que está sometida una entidad administrativa de la forma siguiente:

1. En cuanto a las entidades creadas y organizadas por una ley: en primer lugar hay que atenerse a la ley de creación y organización, en segundo lugar a las normas que regulan el tipo de entidad, en tercer lugar, si hay una remisión legislativa, debe aplicarse ésta, y por último los principios generales de la administración.

2. En cuanto a las entidades organizadas como asociación en el orden nacional: en primer lugar a las normas de autorización para su creación, en segundo lugar, a las normas que regulan el tipo de entidad, (salvo que en la ley de autorización se faculte para constituir una entidad atípica), en tercer lugar al acuerdo de creación y organización de la entidad de carácter asociativo, y por último a las reglas de remisión legislativa y a los principios generales.

3. En cuanto a las entidades descentralizadas de los órdenes departamental, distrital y municipal, creadas únicamente por la ordenanza o el acuerdo, se tiene en primer lugar al tipo de entidad organizada por la ley 489 de 1998, en segundo lugar a la ordenanza o acuerdo de organización y por último a los principios generales.

4. En cuanto a las entidades descentralizadas de los órdenes departamental, distrital y municipal, de carácter asociativo o societario, se tiene en primer lugar al tipo de entidad organizada por la ley general, en segundo lugar a la ordenanza o acuerdo de creación u autorización, en tercer lugar al convenio por el que se organizó la entidad, y por último a los principios generales.

(...)

La ley 489 de 1998 utiliza el término entidad en dos sentidos, el uno como sinónimo de cualquier estructura administrativa, con o sin personalidad jurídica, como por ejemplo en el artículo 14 cuyo título dice Delegación entre entidades públicas, y el otro como sinónimo de persona jurídica de derecho público, que son la mayoría de las veces, por oposición a los organismos o dependencias que son estructuras administrativas que forman parte de la Nación, los departamentos o los municipios. Al no existir una definición legal propiamente tal, en las diferentes leyes y normas en que se utiliza esta expresión, debe buscarse por el intérprete su significado, pese a lo cual, estima la Sala que debe utilizarse el término entidad pública como sinónimo de persona jurídica de derecho público.

(...)

Ahora bien, se inquiriere también por la explicación del término sector descentralizado que es sinónimo de entidades descentralizadas, según la manera como es utilizado por el párrafo 2° del artículo 68 de la ley 489 de 1998. El citado artículo engloba bajo esta expresión 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.

5. La aplicación del derecho público y del derecho privado a las entidades públicas

Cuando se estudian con cierto nivel de detalle las diferentes entidades públicas, se encuentra que el derecho aplicable no es uno solo, y que por lo general hay que distinguir múltiples aspectos o elementos que las conforman, con el fin de poder determinar para cada uno de estos, cuáles son las normas que los regulan. Sin pretender hacer una enumeración completa, pueden separarse al menos los siguientes aspectos en una entidad, para efectos de la definición del derecho aplicable: el acto de creación o autorización, el de la organización (que puede ser el mismo anterior), el régimen de sus actos, el de sus contratos, el del personal, el de sus bienes y dineros. Pasa la Sala a describir brevemente estos aspectos.

El derecho aplicable al acto de creación o de autorización. En cuanto al acto de creación o de autorización de la entidad, se entiende que debe estar contenido en una norma de rango legal, o en una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, actos jurídicos que obviamente están sometidos al derecho público. La definición de la estructura de la administración es una competencia reservada al legislador, a las asambleas y a los concejos. No puede argumentarse que cuando una entidad pública se "rige por el derecho privado" en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, puede crear o constituir libremente filiales, fundaciones etc. Siempre la definición sobre la estructura de la administración será una decisión política, que es de competencia del Congreso, las asambleas o concejos, y por lo mismo siempre estará sometido al derecho público.

El derecho de la organización. El acto o conjunto de actos por los que se organiza la persona jurídica, llamado por la doctrina derecho de la organización, puede estar regido por el derecho público o por el privado. Ejemplo de los primeros son los establecimientos públicos, pues son organizados directamente por la ley, y de los segundos una sociedad de economía mixta, que son constituidas "bajo la forma de sociedades comerciales." Hace notar la Sala que la expresión transcrita del artículo 97 de la ley 489 de 1998 es exacta, y se refiere a la forma de su constitución, sin que pueda extenderse a otros campos de esta entidad como el de la autorización para su creación.

El régimen aplicable a los actos y su actividad: Por lo general, si la función de la entidad es administrativa, el régimen de los actos es el público, y si la actividad es industrial y comercial, será el privado. Sin embargo, cuando la actividad es de servicios públicos, habrá que revisar en cada caso concreto el régimen de éstos (...)

El régimen del personal: En las entidades cuya función es administrativa, la regla general consiste en que los servidores públicos que allí laboran son empleados públicos y, por excepción, pueden ser trabajadores oficiales, mientras que en las que desarrollan actividades industriales comerciales la regla es la contraria.[1]

(...)

La conclusión que se desprende de la enumeración anterior, que obviamente no pretende ser exhaustiva es la siguiente: clasificar las entidades por su naturaleza pública o privada, y de allí desprender automáticamente el régimen público o privado aplicable, es un ejercicio vacío de contenido, por lo que es necesario hacer un análisis en cada entidad de los diferentes aspectos, para poder determinar las normas que las rigen. (Negrilla y subrayas fuera del texto)

Así mismo, mediante concepto número 1.438 del 13 de septiembre de 2002, la misma Sala del Consejo de Estado, con Consejero Ponente: Dr. César Hoyos Salazar, sobre la naturaleza jurídica de Transmilenio S.A., destacó:

1.1 La naturaleza jurídica de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio TRANSMILENIO S.A. El Concejo de Bogotá D.C., por medio del Acuerdo No. 04 del 18 de febrero de 1999, autorizó al Alcalde Mayor en representación del Distrito Capital, para participar, conjuntamente con otras entidades del orden distrital, en la constitución de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio TRANSMILENIO SA.

El artículo 1 del Acuerdo precisó que dicha empresa se debía constituir "bajo la forma jurídica de sociedad por acciones del orden distrital, con la participación exclusiva de entidades públicas" y con los atributos de "personería jurídica, autonomía administrativa, financiera, presupuestal y patrimonio propio".

(...)

La empresa se constituyó efectivamente siguiendo los lineamientos del Acuerdo, y así, mediante la escritura pública No. 1528 del 13 de octubre de 1999 de la Notaría 27 de Bogotá, Transmilenio S.A. surgió a la vida jurídica como "una sociedad por acciones, constituida entre entidades públicas del orden distrital, bajo la forma de sociedad anónima de carácter comercial con aportes públicos" (art. 1 de los estatutos).

Sus socios son el Distrito Capital de Bogotá, tres establecimientos públicos del orden distrital, a saber, el Fondo de Educación y Seguridad Vial de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá - FONDATT, el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU y el Instituto Distrital de Cultura y Turismo - IDCT, y una empresa industrial y comercial del Estado, también del orden distrital, METROVIVIENDA.

La naturaleza jurídica de Transmilenio S.A. es entonces, la de una sociedad anónima constituida por cinco entidades públicas distritales, lo que significa que es una sociedad pública de las que menciona la ley referente a la organización de la administración pública, la 489 de 1998, en sus artículos 38 numeral 2 literal f) y parágrafo 1, 68 primer inciso. ley que, conviene anotar, se aplica al Distrito Capital, entre otros temas, en cuanto a las características y el régimen de las entidades descentralizadas, conforme lo disponen el parágrafo del artículo 2 y el parágrafo 1 del artículo 68 de la misma.

Adicionalmente, se puede señalar que Transmilenio S.A. es una entidad descentralizada por servicios, pues tiene personería jurídica y está destinada a la organización del servicio de transporte público masivo de pasajeros, y es indirecta en la medida en que fue constituida por una entidad descentralizada territorialmente, el Distrito Capital, y cuatro entidades descentralizadas por servicios.

En relación con el régimen jurídico que le es aplicable, el parágrafo 1 del artículo 38 de la ley 489 de 1998 dispone que las sociedades públicas se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado y, para el caso de Transmilenio S.A., así lo estipula el artículo 55 de los estatutos de la empresa protocolizados en la citada escritura de constitución, cuando establece;

"Presupuesto y contabilidad. En materia presupuestal y contable se le aplicarán a la sociedad, en su condición de sociedad entre entidades públicas, las normas presupuestales, fiscales y de contabilidad pública, aplicables a las empresas industriales y comerciales del Estado del orden

municipal, las cuales deberán armonizarse con la naturaleza societaria de la compañía en lo que a ello hubiere lugar".

Las empresas industriales y comerciales del Estado están sometidas al régimen del derecho privado, salvo las excepciones legales, como lo señala el artículo 85 de la referida ley 489.

La aplicación del derecho privado se encuentra reafirmada por el hecho de que en la constitución de Transmilenio participó una empresa industrial y comercial del Estado como es Metrovivienda, y en consecuencia, se presenta la situación contemplada en el primer inciso del artículo 94 de la ley 489, que dispone:

«Asociación de las empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales se rigen por las disposiciones establecidas en los actos de creación, y las disposiciones del Código de Comercio» (resalta la Sala).

La misma norma continúa con seis numerales que ella califica como reglas de excepción a la aplicación de la normatividad mercantil y que se refieren a las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado, que son aquellas en las cuales éstas participan con un porcentaje superior al 51% del capital total, lo que no es el caso de Transmilenio. Sin embargo, uno de tales numerales se refiere tanto a las filiales como a las no filiales, pues no distingue. Es el numeral 4, que indica:

(...)

En síntesis, la naturaleza jurídica de Transmilenio S.A. es la de una sociedad anónima pública, esto es, constituida exclusivamente por entidades públicas, y en cuanto a su régimen jurídico aplicable, es el de las empresas industriales y comerciales del Estado el cual corresponde al derecho privado, con determinadas excepciones legales.

El hecho de que se le aplique la regulación de las empresas industriales y comerciales del Estado, no significa que sea una de éstas, pues su naturaleza está dada por el Acuerdo de autorización y la escritura de constitución y no cambia por la aplicación de un régimen, a falta de uno propio, de otra clase de entidad descentralizada, el cual en fin de cuentas es el del derecho privado, con contadas excepciones.

Cabe anotar que el Código de Comercio, ya desde 1972, cuando empezó a regir, preveía en el inciso segundo del artículo 100 que las sociedades por acciones, se rigen por las normas de las compañías comerciales "cualquiera que sea su objeto", con lo cual extendía su alcance ciertamente a las sociedades civiles por acciones pero también a las públicas, pues no las excluía. (...)" (Destacado fuera del texto)

De acuerdo al esbozo jurisprudencial realizado anteriormente se tiene entonces que, las entidades creadas mediante un acto unilateral, son las creadas y organizadas por la ley, ordenanzas o acuerdos; esto significa que, mediante normas de rango legal, departamental o municipal, se crea y además se estructura esta clase de entidades, por lo que es en estas normas que hay que buscar su regulación, los elementos que las constituyen, el derecho aplicable.

De acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia transcrita me permito dar respuesta a sus inquietudes así:

1. ¿El régimen administrativo, contractual y laboral de una sociedad anónima de naturaleza portuaria oficial, debe ser el régimen propio de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado?

De acuerdo a la información suministrada en su comunicación y con el concepto número 1.438 del 13 de septiembre de 2002, la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA DORADA - RÍO GRANDE DEL MAGDALENA S.A., es una sociedad anónima pública, esto es, constituida exclusivamente por entidades públicas, y en cuanto a su régimen jurídico aplicable, es el de las empresas industriales y comerciales del Estado el cual corresponde

al derecho privado, con determinadas excepciones legales y el hecho de que se le aplique la regulación de las empresas industriales y comerciales del Estado, no significa que sea una de éstas, pues su naturaleza está dada por el Acuerdo de autorización y la escritura de constitución y no cambia por la aplicación de un régimen, a falta de uno propio, de otra clase de entidad descentralizada, el cual en fin de cuentas es el del derecho privado.

2. *Bajo qué régimen jurídico se debe vincular al señor Gerente de la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA DORADA – RÍO GRANDE DEL MAGDALENA S.A?*

El régimen jurídico que se debe aplicar para vincular al Gerente de la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA DORADA – RÍO GRANDE DEL MAGDALENA S.A., por tratarse de una sociedad anónima pública, constituida exclusivamente por entidades públicas, es el establecido para las empresas industriales y comerciales del Estado, debe ser una vinculación legal y reglamentaria.

3. *En caso de que el Gerente de la Sociedad tenga la calidad de Empleado Público por asimilarse a una Empresa Industrial y Comercial del Estado, ¿cuál sería la formalidad el acto de nombramiento, si al tenor del artículo 31 de la Ley 1 de 1991 los actos y contratos se rigen por el derecho privado, sin importar el monto de los aportes públicos?*

El acto administrativo es a través de un decreto de nombramiento, expedido por la autoridad competente, de acuerdo con sus estatutos; independientemente de que sus actos y contratos se rijan por la Ley 1 de 1991.

-

4. *La remuneración del Gerente de una sociedad anónima portuaria oficial departamental debe obedecer a algún criterio específico contenido en el ordenamiento jurídico o es una decisión autónoma de la Junta Directiva ?*

De acuerdo con lo establecido en la ley 489 de 1998, las entidades se regulan por la Constitución Política, por las leyes y por sus actos de creación y por los estatutos internos, en virtud de la autonomía administrativa y presupuestal de que gozan, por lo tanto, corresponde a su junta directiva, según lo previsto en los estatutos, determinar la remuneración correspondiente de su empleados, sin que de modo alguno pueda sobrepasar los límites máximos de remuneración que señale el Gobierno Nacional, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 4 de 1992.

5. *La naturaleza de sociedad portuaria oficial del nivel departamental o municipal debe obedecer al criterio de la mayoría de la participación accionaria en la misma?*

La naturaleza de la sociedad portuaria oficial lo da la ley, el numeral 5.21. de la Ley 1 de 1991 dispone que sociedad portuaria oficial es aquella cuyo capital pertenece en más del 50% a entidades públicas; el carácter departamental o municipal será el determinado en el acto de autorización y en la creación y lo señalado en la escritura de constitución y uno de los criterios puede ser tener una mayor participación accionaria.

-

6. *Atendiendo a la naturaleza jurídica de las sociedades portuarias, ¿es posible jurídicamente vincular al gerente de la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA DORADA – RÍO GRANDE DEL MAGDALENA S.A., mediante contrato de trabajo, teniendo en cuenta que el régimen aplicable es de derecho privado ?*

Como ya se dio respuesta en el numeral 3 del presente escrito, la vinculación gerente de la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA DORADA – RÍO GRANDE DEL MAGDALENA S.A., es a través de un decreto de nombramiento, expedido por la autoridad competente; sin importar que el régimen aplicable a la sociedad es el de derecho privado.

7. *En caso afirmativo de lo anterior. ¿Quién debe suscribir el contrato de trabajo del Gerente, en representación de la sociedad?''.*

La respuesta es negativa, no se puede vincular por contrato de trabajo, su vinculación debe ser legal y reglamentaria, debe mediar un acto

administrativo.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. El presente concepto utiliza, la expresión persona jurídica como el gran género dentro del cual encajan las de derecho público y las de derecho privado, en vez de la noción de entidad, que es un concepto típico del derecho administrativo.
3. Si bien no es tema de la consulta, anota la Sala que estos mismos principios constitucionales se aplican para la creación de órganos o entidades administrativas sin personalidad jurídica.
4. Artículos 2° y 39, ley 489 de 1998.

Decreto ley 3135 de 1968, (Diciembre 26), "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.", Art. 5º: "Empleados públicos y trabajadores oficiales. / Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. / Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos."

[1] Decreto ley 3135 de 1968, (Diciembre 26), “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.”, Art. 5º: “Empleados públicos y trabajadores oficiales. / Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. / Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.”

Fecha y hora de creación: 2024-11-23 23:51:20