



Concepto 164571 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000164571

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000164571

Fecha: 11/05/2021 03:01:30 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA - Naturaleza Jurídica. RETIRO DEL SERVICIO - edad de retiro forzoso. RAD.: 20219000179592 del 07 de abril de 2021.

Acuso recibo comunicación, mediante la cual consulta lo siguiente.

1. *¿Cuál es la naturaleza jurídica de la vinculación de los trabajadores de una sociedad de economía mixta cuya participación estatal es inferior al 90%?*
2. *¿Es aplicable el Código Sustantivo del Trabajo a los trabajadores de una sociedad de economía mixta cuya participación estatal es inferior al 90%?*
3. *¿Son aplicables las justas causas establecidas en el Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo a los trabajadores de una sociedad de economía mixta cuya participación estatal es inferior al 90%?*
4. *¿Es aplicable la prohibición de recibir doble asignación del erario en los términos del Artículo 128 de la Constitución a los trabajadores de una sociedad de economía mixta cuya participación estatal es inferior al 90%?*
5. *¿Las mesadas pensionales reconocidas por Colpensiones se consideran recursos de naturaleza pública y por ende les es aplicable la prohibición establecida en el Artículo 128 de la Constitución?*
6. *¿Puede un trabajador de una sociedad de economía mixta cuya participación estatal es inferior al 90%, recibir una pensión y salario al mismo tiempo?*
7. *¿La edad de retiro forzoso es aplicable a los trabajadores de una sociedad de economía mixta cuya participación estatal es inferior al 90%?*

Al respecto me permito manifestar lo siguiente:

Respecto a las sociedades de economía mixta, 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, establece:

“ARTÍCULO 38.- *Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional.* La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

(...)

PARÁGRAFO 1.- Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

(...)

ARTICULO 97. *SOCIEDADES DE ECONOMIA 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.*

(...).

PARAGRAFO. *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.”* (Subrayas y negrilla nuestro)

A su vez el Código de Comercio señala:

“ART. 461. *Definición de la Sociedad de Economía Mixta. Son 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.”

De conformidad con el parágrafo 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.

En cuanto a la naturaleza de los trabajadores de una sociedad de economía mixta, es importante remitirse a lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C118-18, Magistrado Ponente: Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, donde establece:

“(…)

En efecto, como quiera que el elemento principal en la determinación de los servidores públicos es el tipo de funciones que ejercen y no su clasificación en abstracto, esta Corporación ha considerado que el concepto de servidor público es una nominación genérica que comprende diferentes especies, entre las que se encuentran los trabajadores oficiales, quienes se vinculan a la administración a través de un contrato de trabajo, así como las otras clases, denominaciones o grupos de servidores que la ley determine.^[103]

Por lo tanto, resulta claro que la previsión del Artículo 123 Superior identifica, de manera enunciativa, algunos de los servidores públicos del Estado, entre los que incluye a los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas por servicios, pero esta disposición no excluye la posibilidad de que el Legislador establezca nuevas categorías de servidores públicos.

51.- Ahora bien, advertida la amplia noción de servidor público es necesario determinar algunas de las consecuencias de rango constitucional que se derivan de esa categoría y, de manera específica, si esta tiene implicaciones en la fijación del régimen jurídico correspondiente. La determinación de estos aspectos debe partir de las normas de la Carta Política relacionadas con el ejercicio de la función pública, las cuales ponen énfasis en: (i) la naturaleza de la actividad, como elemento principal para la identificación de la categoría del servidor público; (ii) la probidad en el ejercicio de dicha función a través de la consagración de los principios que rigen esa actividad^[104], los requisitos del empleo público y los límites a su ejercicio^[105], la previsión de la responsabilidad de los servidores^[106], los sistemas de nombramiento^[107], y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades^[108]; y (iii) el amplio margen de configuración del Legislador en el diseño de la función pública.

En relación con el último de los elementos mencionados, resulta relevante el Artículo 150.23 de la Carta Política, que radica en cabeza del Congreso de la República, de manera expresa, la competencia para regular el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de servicios públicos. Esta facultad se desarrolla por otras disposiciones superiores, en las que se precisa que el Legislador determinará diferentes aspectos de la función pública, tales como el régimen jurídico de los servidores públicos; las funciones de los empleos; el régimen de responsabilidad; el sistema de nombramiento, ingreso y retiro; las excepciones a las prohibiciones de rango constitucional, entre otros.

En síntesis, la Constitución de 1991 le concedió al Legislador un amplio margen de configuración en la definición de la función pública, el cual encuentra límites en los principios y postulados generales de la Carta Política, y en sus previsiones competenciales. Por ende, el examen de la constitucionalidad de las leyes que regulan esta materia debe partir de la amplitud de la competencia del Congreso de la República, que incluye la determinación de las normas que rigen la relación laboral entre los servidores y el Estado, pues este es un aspecto que no se definió, de forma expresa, por la Constitución.

52.- Establecida la amplia competencia del Legislador en la definición del régimen jurídico de los servidores públicos y por ser relevante para el caso bajo estudio, la Sala describirá la forma en la que esta Corporación ha examinado la constitucionalidad de normas que regulan diferentes aspectos del régimen de los servidores de las sociedades de economía mixta.

53.- La sentencia C-722 de 2007^[109] estudió la demanda presentada en contra de algunas disposiciones de la Ley 1118 de 2006, que cambió el régimen jurídico de ECOPETROL y la transformó en una sociedad de economía mixta. Uno de los cargos presentados se formuló en contra del Artículo 7º ibídem que establece que para el régimen laboral los servidores públicos de dicha entidad tendrán el carácter de trabajadores particulares. Para el actor, esta previsión desconocía el Artículo 123 de la Constitución, según el cual son servidores públicos los miembros de las entidades descentralizadas por servicios.

En el examen del cargo descrito, la Sala advirtió que, contrario al planteamiento del demandante, la disposición acusada no modificó la condición de servidores públicos de ECOPETROL para convertirlos en trabajadores particulares, ya que la referencia al carácter de trabajadores particulares únicamente estaba relacionada con el régimen laboral aplicable a los contratos individuales de trabajo -Código Sustantivo del Trabajo-. Por lo tanto, la norma acusada no transgredió el Artículo 123 Superior.

Finalmente, precisó que la asignación del régimen jurídico de los particulares por parte de la norma acusada también tiene una justificación constitucional, ya que permite asegurar la vigencia de las prerrogativas plasmadas en las convenciones colectivas de trabajo y demás acuerdos que puedan existir entre la entidad empleadora y sus trabajadores y, de este modo, se respetan los derechos adquiridos de los trabajadores.

La sentencia C-736 de 2007^[110] estudió, entre otros, el cargo formulado en contra del Artículo 102 de la Ley 489 de 1998 que establece que los representantes y miembros de juntas directivas de sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación superior al 90% del capital se sujetan al régimen de inhabilidades previsto en el Decreto 128 de 1976.

Para el demandante, en la medida en que las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas por servicios, sus trabajadores son servidores públicos, sin importar el monto de participación estatal y, como tales, deben estar sometidos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones correspondiente.

En el estudio del cargo, la Corte destacó que el Artículo 210 de la Constitución Política autorizó al Legislador para establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas, categoría en la que están incluidas las sociedades de economía mixta y, por lo tanto, la ley puede definir el tipo de vínculo que une a los trabajadores con dichas entidades.

Adicionalmente, señaló que las personas que prestan sus servicios en las sociedades de economía mixta son servidores públicos y, por ende, el Legislador puede diseñar su régimen jurídico sin más límites que aquellos fijados directamente por la Constitución, tales como los previstos en los Artículos 126 y 127 superiores, que expresamente establecen ciertas inhabilidades e incompatibilidades aplicables a todos los servidores públicos.

(...)

Por su parte, la sentencia C-338 de 2011^[111] examinó la constitucionalidad del Artículo 53 parcial de la Ley 734 de 2002, que excluyó del régimen del Código Disciplinario, como sujetos disciplinables, a los particulares que trabajen en las sociedades de economía mixta. El cargo decidido en esa oportunidad cuestionó la clasificación de los trabajadores en mención como particulares, por la supuesta transgresión del Artículo 123 Superior.

Para resolver la acusación descrita, la Sala Plena hizo referencia a las particularidades de las sociedades de economía mixta y destacó la competencia otorgada al Legislador en el Artículo 210 Superior para definir su régimen jurídico, que incluye el de sus servidores, a través de, entre otros, la determinación del vínculo que une a los trabajadores con la entidad correspondiente.

A partir de esas consideraciones, adujo que el tipo de actividades que desarrollan las sociedades de economía mixta justifica la fijación de un régimen de derecho privado, el cual también puede regular la relación de sus trabajadores, quienes por esta circunstancia no pierden su condición de servidores públicos. Por lo tanto, la exclusión del régimen disciplinario cuestionada no transgrede el Artículo 123 Superior, ya que la asignación de un régimen específico de responsabilidad no es una consecuencia inexorable de la calidad de servidor público, sino que obedece a las singularidades de las entidades públicas a las que están vinculados los servidores y a la evaluación de esas especificidades por parte del Legislador.

54.- En síntesis, de acuerdo con la previsión del Artículo 123 Superior, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que los empleados y trabajadores de las sociedades de economía mixta son servidores públicos. Asimismo, ha explicado que esa categorización no implica la determinación de un régimen jurídico específico, pues este aspecto no fue definido de manera explícita en la Carta Política y, por el contrario, su determinación se defirió al Legislador.

De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional la noción de “servidor público” es un género que comprende diferentes especies, como es el caso de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y los trabajadores del Estado, pero ello no obsta para que el legislador pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos diferentes de las mencionadas, por lo cual, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 123 superior, debe concluirse que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las sociedades de economía mixta y los las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas.

Dando contestación a las consultas 1, 2 y 3 Los trabajadores de sociedades de economía mixta que desarrolla actividades comerciales y está en competencia con el sector privado cuya participación accionaria es superior al 50% e inferior al 90% qué régimen laboral ostentan, le indico que, de conformidad con lo previsto en las normas que rigen la materia y que han sido desarrollados en el presente oficio, se tiene que en el caso que la participación accionaria del Estado en la sociedad de economía mixta sea inferior al 90%, sus trabajadores son considerados servidores públicos que se rigen por las disposiciones del derecho privado; es decir, por el Código Sustantivo del Trabajo.

Respecto de la prohibición para que un empleado público reciba más de una erogación que provenga del tesoro público, la Constitución Política de Colombia establece:

“ART. 128.- Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.” (Subrayas fuera del texto)

No obstante, la prohibición de recibir doble asignación del erario, tiene unas excepciones que fueron consagradas en el Artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, de la siguiente manera:

“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;*
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la fuerza pública;*
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;*
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;*
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.*

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades”.

De conformidad con las normas citadas, la prohibición para el servidor público de recibir más de una asignación, se predica de aquellas que provengan del tesoro público o de empresas en que tenga parte mayoritaria el Estado, en ese sentido, se colige que el empleado público no podrá tener más de una vinculación con entidades públicas, salvo las excepciones contenidas en el Artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

En cuanto de percibir pensión y salario, el Consejo de Estado, en Concepto de mayo 8 de 2003, Radicación No. 1480 Consejera Ponente, Susana Montes de Echeverri, señaló:

“En cuanto a la posibilidad de ingreso al servicio público, las normas propias del servicio civil del Estado, las cuales tienen carácter especial y no han sido derogadas expresamente, establecen la prohibición de la reincorporación al servicio público de un pensionado, salvo en los casos de excepción consagrados o contemplados en la ley:”

(...)

Es decir, que, por mandato expreso de la ley, el pensionado incorporado al servicio público no puede recibir sino la asignación del cargo o ésta y la diferencia en monto con relación al de su pensión, pero no podrá percibir en forma simultánea sueldo y pensión completos.

Otra situación bien distinta es la que resulta del contenido del Artículo 19 de la ley 4ª de 1.992, en donde se regulan los casos de excepción a la prohibición constitucional de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público, eventos en los cuales, es posible recibir, simultáneamente, tanto el sueldo como la pensión; son, por consiguiente, casos expresamente determinados por la ley y como tales de aplicación restrictiva.” (Se subraya).

Ahora bien, el retiro del servicio del servidor público y el reconocimiento de la pensión, fue expedido el Decreto 2245 de 2012, “por el cual se reglamenta el inciso primero del parágrafo 3º del Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 9º de la Ley 797 de 2003”, en el que se establecieron algunas obligaciones en cabeza de las entidades que reconocer el derecho a pensión y de los empleadores, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 3. Trámite en el Caso de Retiro con Justa Causa. En caso que el empleador haga uso de la facultad de terminar el contrato de trabajo

o la relación legal o reglamentaria, para garantizar que no exista solución de continuidad entre la fecha de retiro y la fecha de la inclusión en la nómina de pensionados, el empleador y la administradora o entidad reconocedora deberán seguir el siguiente procedimiento: (...)

b) La administradora o la entidad que efectuó el reconocimiento de la pensión, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación de que trata el literal anterior, deberá informar por escrito al empleador y al beneficiario de la pensión la fecha exacta de la inclusión en nómina general de pensionados, la cual deberá observar lo dispuesto en el literal anterior. El retiro quedará condicionado a la inclusión del trabajador en la nómina de pensionados. En todo caso, tratándose de los servidores públicos, salvo el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y las excepciones legales, no se podrá percibir simultáneamente salario y pensión.” (Se subraya fuera de texto)

Dando contestación a las consultas 4 y 6, los servidores públicos le es aplicable lo establecido el Artículo 128 de la constitución política ya que la ley 4 de 1992 Artículo 19 establece que *Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado*, por lo que las sociedades de economía mixta para considerarse como tales su capital social es superior al 50% lo que infiere que su capital la mayor parte es del estado por lo que les aplicable dicha prohibición.

Por otro lado, revisando las excepciones contempladas en el Artículo 19 de la ley 4 de 1992 no se observa el de percibir pensión de vejez o jubilación, igualmente como señala la Jurisprudencia por encontrarse ya retirados no pueden reincorporarse al servicio, así mismo, el Decreto 2245 de 2012, establece en su Artículo 3 literal b, que los servidores públicos salvo la pensión de sobreviviente y las excepciones de ley no se podrá percibir al mismo tiempo pensión y salario, por lo tanto, como los servidores de las sociedades de economía mixta por ser servidores públicos no se pueden percibir pensión y salario.

En cuanto al retiro forzoso la Ley 1821 de 2016, dispone:

«ARTÍCULO 1. La edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.

Lo aquí dispuesto no se aplicará a los funcionarios de elección popular ni a los mencionados en el Artículo 1 del Decreto Ley 3074 de 1968.”

De lo anterior, la edad máxima para desempeñar funciones públicas en el Estado es de 70 años, a los servidores públicos que prestan sus servicios en las ramas del poder público, órganos autónomos e independientes, órganos de control, entidades o agencias públicas y a los particulares que cumplen funciones públicas, con excepción de los funcionarios de elección popular y los mencionados en el Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto ley 3074 de 1968.

En consecuencia, dando contestación a la 7 consulta, como los trabajadores de las sociedades de economía mixta como bien lo expone la sentencia C118-18 son servidores ya que desempeñan funciones públicas, le es aplicable lo establecido en la ley 1821 de 2016 ya que esta disposición señala su aplicación a las personas que desempeñan funciones públicas.

En cuanto a la quinta consulta, esta será remitida a la Colpensiones ya que es de su competencia según el decreto 309 de 2017.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, 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

Proyecto: Adriana Sánchez

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-07-17 11:30:12