



Concepto 160271 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000160271

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000160271

Fecha: 29/04/2022 08:39:04 a.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que un directivo de CORABASTOS suscriba un contrato con una entidad pública, para el desarrollo de actividades distintas a las que desempeña con esa entidad? RADICADO: 20229000167142 del 19 de abril de 2022.

En atención a su consulta de la referencia, relacionada con el eventual impedimento para que un directivo de CORABASTOS suscriba un contrato con una entidad pública, para el desarrollo de actividades distintas a las que desempeña con esa entidad, me permito manifestarle lo siguiente:

En primer lugar se hace necesario señalar que esta dirección jurídica emitió concepto sobre la naturaleza de CORABASTOS¹ y de sus trabajadores en los siguientes términos:

“Para efectos de responder su consulta, se hace necesario establecer la naturaleza jurídica de CORABASTOS y su pertenencia a la Rama Ejecutiva del Sector Público, para lo cual acudiremos a las disposiciones correspondientes:

1. Para determinar la conformación de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, es necesario acudir a la Ley 489 de 1998², la cual establece lo siguiente:

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:

1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g) 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.

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.

PARÁGRAFO 2°. Además de lo previsto en el literal c) del numeral 1 del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de Constitución se indicará al Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos.”

Frente a la integración de la administración pública, el artículo 39 de la citada Ley consagró:

ARTÍCULO 39.- Integración de la Administración Pública. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano. (...)” (Subrayado fuera de texto)

De otra parte, es importante precisar que el artículo 68 de la citada Ley 489 de 1998, frente a las entidades descentralizadas, estableció:

ARTÍCULO 68.- Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, 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. 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.” (Subrayado fuera de texto)

Concretamente, con respecto a las sociedades de economía mixta, el artículo 97 de la citada Ley, dispuso:

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).-Inciso declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-953- 99, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra-.

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.”

A su vez, el Código de Comercio establece:

ARTÍCULO 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.” (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, es claro que la Administración Pública está integrada por todos los organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano.

También puede colegirse que las sociedades de economía mixta, 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, son entidades descentralizadas que integran la Administración Pública.

1. Con respecto a la pertenencia de las sociedades de economía mixta a la estructura del Estado colombiano, la sentencia C-529 del 12 de junio de 2006 de la Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdoba Triviño, afirmó:

“... 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. Con base en esta última consideración, la sentencia C-629/03 concluyó que “la propia Constitución, como se ha visto, determina consecuencias directas de la circunstancia de que una sociedad comercial tenga el carácter de sociedad de economía mixta y hace imperativa la vigilancia seguimiento y control de los recursos estatales, cualquiera sea la forma de gestión de los mismos, en los términos que prevea la ley.” (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Así mismo, mediante sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional consideró:

“Adicionalmente, la vinculación a la Rama Ejecutiva implica que a pesar de que las sociedades de economía mixta, como entidades descentralizadas, gozan de autonomía jurídica, de todas maneras no son organismos independientes sino que están sujetas a cierto control por parte de la Administración central. Al respecto, la teoría general del Derecho Administrativo explica que aunque las entidades descentralizadas por servicios no están sujetas a un control jerárquico, reservado para la administración centralizada, en cambio sí son objeto de un control llamado “de tutela” por parte de las entidades a las que se vinculan. El desarrollo legislativo relativo al control administrativo de tutela que recae sobre las sociedades de economía mixta en virtud de su vinculación a la Rama Ejecutiva hoy en día está contenido en la Ley 489 de 1998, cuyos artículos 41, 98 y 99 prescriben en su orden (i) que en el nivel nacional, “los ministros y directores de departamento administrativo orientan y coordinan el cumplimiento de las funciones a cargo de ... las sociedades de economía mixta que les estén adscritas o vinculadas o integren el Sector Administrativo correspondiente” (art. 41); (ii) que “en el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones para la participación del Estado que contenga la disposición que autorice su creación, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella” (art. 98); y (iii) que “la representación de las acciones que posean las entidades públicas o la Nación en una Sociedad de Economía Mixta corresponde al Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se halle vinculada dicha Sociedad” y que “cuando el accionista sea un establecimiento público o una empresa industrial y comercial del Estado, su representación corresponderá al respectivo representante legal, pero podrá ser delegada en los funcionarios que indiquen los estatutos internos” (art. 99).

3.2.3 El capital de las sociedades de economía mixta necesariamente se conforma con aportes públicos y privados en cualquier proporción (...). (Subrayado fuera de texto).

Conforme con lo señalado, lo que le da la categoría de “mixta” a la sociedad, es que su capital social se forme por aportes del Estado y de los

particulares sin que para ello sea necesario que el aporte de la Nación, de las 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.

Por lo tanto, las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas que hacen parte de la Rama Ejecutiva del poder público.

2. Respecto de la naturaleza jurídica de la Corporación de Abastos de Bogotá – CORABASTOS se encuentra que mediante Escritura Pública No. 1014 del cinco (5) de marzo de 1970 de la Notaría cuarta de Bogotá se constituyó la Sociedad de Responsabilidad limitada denominada PROMOTORA DE LA GRAN CENTRAL DE ABASTOS DE BOGOTA LTDA.

La sociedad de responsabilidad limitada Promotora de la Gran Central de Abastos de Bogotá Ltda., se transformó mediante escritura pública No. 4.222 del 5 de agosto de 1970 de la Notaría Cuarta del círculo de Bogotá, en la sociedad anónima CORPORACION DE ABASTOS DE BOGOTA S.A. CORABASTOS.

El objeto de la Sociedad es contribuir a la solución del problema del mercado de productos agropecuarios en Bogotá D.C., especialmente en la ciudad y su área metropolitana, mediante la construcción y manejo de una o varias plazas o centrales de comercio mayorista de productos agropecuarios, además de la organización de un programa de mercadeo para mejorar el sistema de distribución mayorista detallista y brindar la asistencia técnica a los usuarios.

La Corporación de Abastos de Bogotá S.A. “CORABASTOS” de conformidad con sus estatutos “es una sociedad de naturaleza comercial, de la especie anónima se constituye como de economía mixta del orden Nacional, vinculada al Ministerio de Agricultura, por cuanto su capital está formado por aportes de entidades oficiales y particulares”³.

Por consiguiente, CORABASTOS hace parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional como sociedad de economía mixta -Literal f) Art. 38 de la Ley 489 de 1998. Así mismo, integra la administración pública, al ser un organismo vinculado al Ministerio de Agricultura, el cual goza de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio y cumple funciones en los términos que señale la ley -Art. 39 de la Ley 489 de 1998-.

Recordemos que la participación del Estado en la conformación de sociedades, fundaciones, asociación o entidades sin ánimo de lucro, le dan a las entidades conformadas una naturaleza especial, pues si bien se rigen por el derecho privado no puede ser ajenas a las políticas del Estado y a las orientaciones señaladas por el Presidente como jefe de un Estado que tiene a su cargo el fomento a la investigación y la ciencia. El Constituyente de 1991, definió a Colombia como una República Unitaria y consagrada bajo esta forma de Estado, se señala en el artículo 115 de la Carta que el Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

3. Ahora bien, respecto de la calidad de los trabajadores de una sociedad de economía mixta, la Corte Constitucional en la Sentencia C-338 del 04 de mayo de 2011⁴ consideró:

“4. El régimen jurídico de los servidores de las sociedades de economía mixta.

El artículo 210 de la Carta señala que “la ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes” y, conforme lo ha interpretado la Corte, el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta, como entidades descentralizadas, ha de ser fijado mediante ley.

Del régimen jurídico de las sociedades de economía mixta hace parte la definición del régimen jurídico de sus servidores o, en otros términos, de la clase de vínculo que une a las personas que laboran en ellas con esas entidades descentralizadas, luego es claro que al legislador le compete regular esa relación.

En este orden de ideas cabe recordar que, según el citado artículo 97 de la Ley 489 de 1998, las sociedades de economía mixta “desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley”, al paso que el Código de Comercio, en su artículo 461 establece que estas sociedades “se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario”.

Como se ha destacado en la jurisprudencia constitucional, “el Congreso ha establecido como regla general” que las sociedades de economía mixta “están sujetas a un régimen de derecho privado”, en razón del “tipo de actividades industriales y comerciales que llevan a cabo” y con “la situación de concurrencia y competencia económica en que se cumplen tales actividades”, lo que implica que, “por razones funcionales y técnicas, se adecue más al desarrollo de tales actividades la vinculación de sus trabajadores mediante un régimen de derecho privado”.

Que los trabajadores de las sociedades de economía mixta se vinculen mediante un régimen derecho privado no se opone a que sean servidores públicos, pues así surge del artículo 123 de la Constitución, invocado en la demanda y también del artículo 125 superior que, al sentar las bases de la carrera administrativa, exceptúa de ese régimen los empleos “de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.

Con fundamento en las disposiciones que se acaban de citar, la Corte ha concluido que la noción de servidor público es genérica y que comprende diferentes especies, entre las que se encuentran los trabajadores oficiales, quienes, a diferencia de los empleados públicos, no se vinculan a la administración mediante una relación legal y reglamentaria, sino en virtud de un contrato de trabajo, sin perjuicio de que el legislador “pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos”.

5.1. La calidad de los servidores de las sociedades de economía mixta

En cuanto a este aspecto, la jurisprudencia de la Corte llegó a estimar que cuando para el ejercicio de las funciones y actividades propias de las entidades estatales se acude a la constitución de entidades en cuyo seno concurren el Estado y los particulares, “la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su status de particulares ni los convierte por este hecho en servidores públicos”, sin perjuicio de que “el ejercicio de dichas funciones públicas implique un incremento de los compromisos que estos adquieren con el Estado y con la sociedad”.

Sin embargo, como se ha puesto de presente, en la ya citada Sentencia C-736 de 2007, en específica y directa alusión a las sociedades de economía mixta, la Corte consideró que, “en virtud de lo dispuesto por el artículo 123”, sus “empleados y trabajadores” son “servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas”.

(...)

En armonía con las precedentes consideraciones, en la Sentencia C-736 de 2007, la Corte estimó que, tratándose de los servidores públicos hay diferentes especies, una de las cuales corresponde a las personas naturales que prestan sus servicios en las sociedades de economía mixta, pese a que estas entidades se rijan de conformidad con las reglas del derecho privado que también se aplican a la vinculación de sus trabajadores.

(...)

6. Las sociedades de economía mixta sometidas a las reglas del derecho privado y el régimen disciplinario

(...)

Así pues, “la Constitución también deja en manos del legislador el establecimiento de la responsabilidad de los servidores públicos” y como las personas que prestan sus servicios en las sociedades de economía mixta son servidores públicos, fuerzan concluir que el legislador puede ocuparse de definir lo referente a su responsabilidad.

Como quiera que, según lo previsto en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, el legislador ha decidido que las sociedades de economía mixta se rijan conforme a las reglas del derecho privado, cabe pensar que la responsabilidad de sus servidores está sometida a ese mismo régimen que, de acuerdo con lo ya puesto de manifiesto, también es reconocido en el artículo 461 del Código de Comercio como el propio de estas sociedades, pues allí se indica que “se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria”. (...)

De conformidad con todo lo señalado, la Corporación de Abastos de Bogotá S.A. - “CORABASTOS” es una sociedad de naturaleza comercial, de la especie anónima y se constituye como de economía mixta del orden Nacional, vinculada al Ministerio de Agricultura, por cuanto su capital está formado por aportes de entidades oficiales y particulares.

Por consiguiente, CORABASTOS hace parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional como sociedad de economía mixta -Literal f) Art. 38 de la Ley 489 de 1998. Así mismo, integra la administración pública, al ser un organismo vinculado al Ministerio de Agricultura, el cual goza de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio y cumple funciones en los términos que señale la ley -Art. 39 de la Ley 489 de 1998-.

Respecto de la calidad de sus trabajadores, tenemos que de conformidad con lo señalado en el artículo 123 de la Constitución Política, son servidores públicos, pero con una categoría jurídica distinta a la generalidad, esto es regidos por las disposiciones del derecho privado, por expresa disposición del legislador”.

Así las cosas, esta dirección jurídica, ha considerado que los trabajadores de CORABASTOS se constituyen como servidores públicos regidos por las disposiciones del derecho privado; de esta manera deberá acudirse a las restricciones para los servidores públicos previstas en la constitución política, así:

ARTICULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales”.

En este orden de ideas y dando respuesta puntual a su interrogante, no resultaría viable que un servidor público del nivel directivo de CORABASTOS, independientemente de que su vinculación se haya hecho mediante un contrato laboral, suscriba un contrato con una entidad pública por expresa prohibición constitucional.

Por último, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS.

11602.8.4

1 Radicado No.: 20206000169381 de fecha 06/05/2020.

2 “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”.

3 Artículo 1º.

4 <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-338-11.htm>

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:34:46