



Función Pública

Concepto 242991 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública

20166000242991

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20166000242991

Fecha: 21/11/2016 09:50:10 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad de los miembros de la Junta Directiva de una Sociedad de Economía Mixta. RAD.: 20169000268332 del 7 de octubre de 2016.

En atención al oficio de la referencia en el cual se consulta cuáles son las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de la Junta Directiva de una Sociedad de Economía Mixta, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

1.- Frente a la naturaleza Jurídica de las Sociedades de Economía Mixta establecida en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 señala:

“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.

(...)

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. (Subrayado nuestro)

A su vez, el artículo 461 del 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”.

Por su parte, la Corte Constitucional a través de la sentencia [C-953](#) del 1 de diciembre de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra 1999 por la cual se declaró la inexequibilidad del inciso segundo del artículo 97 de Ley [489](#) de 1998 sobre la creación y naturaleza de la sociedad de economía mixta, refirió:

“La existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de "mixta" es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares.

(...)

La naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea "del Estado" o de propiedad de "particulares" sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada "mixta", por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución. De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni "mixta", sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución”. (Subrayado fuera de texto).

Conforme a lo anterior, lo que le da esa categoría de "mixta" a la sociedad es que su capital social se forme por aportes del Estado cualquiera que sea el monto de participación del sector público o privado.

Es así como, el parágrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998 en el evento 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.

De conformidad con lo anterior, toda sociedad de economía mixta cuenta con aportes del estado y capital privado, ahora bien, teniendo en cuenta que la sociedad de economía mixta de su comunicación no indica el tipo de participación, se tiene que cuando dicha sociedad tiene una participación estatal inferior al 89.99% en el capital, las mismas rigen su actividad, así como, su vinculación laboral por las disposiciones contenidas en el derecho privado, por lo que, sus trabajadores se rigen por las normas del Código Sustantivo de Trabajo, si la participación estatal es superior al 90% en el capital su actividad así como su vinculación laboral se dispondrá por las normas del derecho público.

2- De otra parte, frente al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de las Sociedades de Economía Mixta, la Corte Constitucional en Sentencia [C-736](#) de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, dispuso:

“El legislador está revestido de facultades para señalar el régimen jurídico y el régimen de responsabilidad de los servidores públicos de las entidades descentralizadas, y al hacerlo bien puede introducir diferencias fundadas en el porcentaje de capital público presente en dichas entidades. El presente caso, el legislador ha señalado que si en las sociedades de economía mixta el Estado no tiene una inversión que supere el noventa por ciento (90%) del capital, es decir si tiene el ochenta y nueve por ciento (89%) o menos de tal capital, o si en las empresas de servicios públicos el capital social no es totalmente público, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas no se aplicará a tales servidores, como tampoco a sus Gerentes, Directores o Presidentes.

Esta exclusión en la aplicación del mencionado régimen, fundada en la mencionada conformación del capital de tales empresas, aunque se funda en un criterio de diferenciación que toma en cuenta un porcentaje muy alto de participación pública para determinar la aplicación del

mencionado régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades, a juicio de la Corte encuentra una justificación constitucionalmente válida y resulta proporcionado. En efecto, si se tiene en cuenta que para la definición del marco constitucional de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, el Constituyente le confió al legislador el deber de establecer las condiciones que permitan asegurar la efectividad del “principio de concurrencia” en la prestación de dichos servicios, de suerte que en este cometido no sólo participe el Estado, directa o indirectamente, sino también las comunidades organizadas, o los particulares.” (Subraya fuera del texto)

De conformidad con la Corte Constitucional, el legislador ha señalado que si en las sociedades de economía mixta el Estado no tiene una inversión que supere el noventa por ciento (90%) del capital, es decir si tiene el ochenta y nueve por ciento (89%) o menos de tal capital, o si en las empresas de servicios públicos el capital social no es totalmente público, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas no se aplicará a tales servidores, como tampoco a sus Gerentes, Directores o Presidentes.

Así mismo, el Decreto Ley 128 de 1976, “por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas.” Señala:

“ARTÍCULO 1º.- Del campo de aplicación. Las normas del presente Decreto son aplicables a los miembros de las juntas o consejos directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos.

(...)

“ARTÍCULO 8º.- De las inhabilidades por razón del parentesco. Los miembros de las juntas o consejos directivos no podrán hallarse entre sí ni con el gerente o director de la respectiva entidad, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Habrá lugar a modificar la última elección o designación que se hubiere hecho, si con ella se violó la regla aquí consignada.”

“ARTÍCULO 9º.- De las prohibiciones para los miembros de las juntas y para los gerentes o directores. Además de las prohibiciones contenidas en otras normas, los miembros de las juntas y los gerentes o directores no podrán:

1. Aceptar, sin permiso del Gobierno, cargos, mercedes, invitaciones o cualquier clase de prebendas provenientes de entidades o Gobiernos extranjeros.
2. Solicitar o recibir, directamente o por interpuesta persona, gratificaciones, dádivas o recompensas como retribución por actos inherentes a su cargo;
3. Solicitar o aceptar comisiones en dinero o en especie por concepto de adquisición de bienes y servicios para el organismo.

Quien viole las disposiciones establecidas en este artículo será destituido.” (Subraya fuera del texto)

De conformidad con lo establecido en la normativa anteriormente transcrita, y para dar respuesta a su pregunta, esta Dirección Jurídica considera que las inhabilidades contempladas en el Decreto 128 de 1976 serán aplicables a los miembros de las juntas o consejos directivos, así como también a los gerentes o directores de las respectivas Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social.

Para mayor información al respecto, le informo que a través de la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link “Gestor Normativo”, podrá consultar más de 3000 conceptos emitidos por la Dirección Jurídica en temas de su competencia.

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

Cordialmente,

MONICA LILIANA HERRERA MEDINA

Asesora con funciones de la Dirección Jurídica

Ernesto Fagua/MLHM/GCJ

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2024-12-27 10:44:32