



**Función Pública**

## Concepto 131311 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000131311\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000131311

Fecha: 15/04/2021 04:39:47 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA – Naturaleza Jurídica. Aplicación de la acción disciplinaria a sus empleados. RAD.: 20212060146182 del 18 de marzo de 2021.

Acuso recibo comunicación remitida por la Procuraduría General de la Nación, mediante la cual consulta las sociedades de economía mixta cuya participación del estado es superior al 50% pero inferior al 90% y la vinculación de su personal se adelanta conforme lo previsto en el código sustantivo del trabajo, sin que sean trabajadores oficiales, les aplica la ley [1952](#) de 2019 cuya entrada en vigencia es a partir del 1 de julio de 2021.

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 párrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, sólo en el evento en que el Estado tenga una participación en el capital social de la empresa superior al 90%, su régimen será el de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, en la cual según el Decreto 3135 de 1968 sus trabajadores tienen la calidad de Trabajadores Oficiales. Para las demás sociedades de economía mixta, esto es, aquellas que tienen una participación del Estado del 89.99% en el capital o un porcentaje inferior a este se rigen en su actividad comercial y en sus vinculaciones laborales por las disposiciones del derecho privado, lo que significa que sus trabajadores se rigen por las disposiciones del Código Sustantivo de Trabajo.

Igualmente, la sentencia de la Corte Constitucional C-338 de 2011 en cuanto a responsabilidad disciplinaria de las sociedades de economía mixta y demanda presentada respecto a la expresión "salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado" estableció.

7.1.1. Las excepciones en materia de responsabilidad de los servidores de las sociedades de economía mixta y el legislador

De lo expuesto se deduce que en materia de responsabilidad caben las excepciones al régimen de derecho privado al que se someten las sociedades de economía mixta, incluso en aquellas en las que el porcentaje de la participación estatal en el capital social equivalga a menos del 90%, pero la Corte destaca que, de conformidad con la Constitución, todas las excepciones a las reglas del derecho privado deben ser establecidas por el legislador, en cuanto facultado para determinar el régimen jurídico de las entidades descentralizadas.

Así lo ha estimado la Corporación al puntualizar que "con arreglo al principio de legalidad", surgido del artículo 6º superior, "la incorporación de los particulares que ejercen funciones públicas como sujetos pasibles del poder disciplinario no representa ni podría representar, so pena de flagrante oposición a los mandatos superiores, una norma abierta que de modo automático exponga a quien se halle en tal hipótesis al escrutinio arbitrario de su actividad por parte de los organismos que ejercen el poder disciplinario y a la expectativa de posibles procesos y sanciones ajenas a reglas legales predeterminadas o al derecho de defensa"<sup>32</sup>.

(...)

Desde luego el legislador tiene sus límites constitucionales y, en particular, los derivados del criterio material que autoriza el sometimiento al régimen disciplinario, de manera que únicamente cuando cuente con expresa autorización constitucional en relación con determinados servidores o cuando el servidor público vinculado a una sociedad de economía mixta cumpla una función pública, procede estimar que el

legislador puede establecer la aplicación del régimen disciplinario.

En las condiciones anotadas, la Corte no encuentra contrariedad entre la expresión demandada y el artículo 123 de la Constitución ni considera que deba entrar a analizar la violación del artículo 13 superior que, según la demandante, se presenta por haberle conferido un trato diferente a las sociedades de economía mixta regidas por el derecho privado, pues la condición de servidor público no aparece como inexorable consecuencia la aplicación del régimen disciplinario previsto en la Ley 734 de 2002, dado que, habiendo variedad entre los servidores públicos, así como distintos regímenes jurídicos en lo atinente a su responsabilidad, la asimilación de todos, propuesta en la demanda, no ofrece el término de comparación adecuado para adelantar un juicio de igualdad.

#### 8. La decisión a adoptar

El señor Procurador General de la Nación sugiere una declaración de exequibilidad de la expresión demandada, condicionada a que se entienda que el régimen disciplinario se aplica a las personas que se desempeñan en dichas entidades cuando ejerzan funciones públicas conforme a la ley". La Corte considera que la fórmula sugerida es demasiado amplia, pues tanto la verificación de que se trata de funciones públicas, como la aplicación excepcional del régimen disciplinario son aspectos que le corresponde evaluar al legislador y que no pueden ser apreciados al margen de la ley que, en materia de responsabilidad, exceptúe el régimen de derecho privado al que están sometidas las sociedades de economía mixta.

Así las cosas, la Corte declarará la exequibilidad simple y por los cargos analizados, dado que la expresión "salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el derecho privado" se limita a establecer una excepción al régimen disciplinario que, como tal y de conformidad con el análisis efectuado, no riñe con la Carta, siendo del caso enfatizar que las excepciones a esta salvedad que, por consiguiente, impliquen la aplicación del derecho disciplinario, deben estar contenidas en otros apartados normativos e incluso en otras leyes o disposiciones, en relación con las cuales procede un análisis de constitucionalidad autónomo, siempre que, en la debida forma, se le pida a la Corte su realización.

(...)

En armonía con lo precedente, la Corporación considera que como los particulares que forman parte de las sociedades de economía mixta conservan la condición de tales, en algún evento pueden ser encargados, en tanto particulares, del ejercicio de funciones públicas, supuesto en el cual pueden ser sujetos del régimen disciplinario previsto en la Ley 734 de 2002.

La anterior consideración no compromete la constitucionalidad de la disposición acusada, ni torna indispensable el condicionamiento al que alude el Ministerio Público, por cuanto la responsabilidad disciplinaria devendría de la aplicación de otros preceptos que permiten la asignación de funciones públicas a particulares.

Esto significa que el hecho mismo de ser miembro de una sociedad de economía mixta no implica la ausencia del control disciplinario respecto del eventual cumplimiento de funciones públicas por los particulares asociados, pero ese control debe estar sustentado en los preceptos que excepcionalmente autoricen encargar a los particulares del desarrollo de funciones de esa índole.

Se compadece esta interpretación con las exigencias propias del principio de legalidad que también ha de ser observado en el ámbito del derecho disciplinario, pues una fórmula abierta que solo hiciera alusión a las funciones públicas, sin determinar la fuente que permite su ejercicio a particulares, dejaría en manos de la autoridad disciplinaria la decisión acerca de si una determinada actividad comporta o no el ejercicio de funciones públicas y, por consiguiente, de si aplica o no el régimen disciplinario.

Finalmente, la Corporación estima de interés consignar que la constitucionalidad ahora declarada no significa ausencia total de controles en relación con las actividades regidas por el derecho privado, porque las sociedades de economía mixta son organismos vinculados, pertenecientes a la estructura de la administración pública y, en los términos de las leyes respectivas, "están sujetas a la dirección y control administrativos", así como "al control Fiscal por parte de la Contraloría General de la República y al régimen de garantías del patrimonio estatal "frente a la propia administración Estado y frente a los particulares", pues la Constitución "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<sup>4</sup>*

En cuanto a lo señalado por la corte constitucional respecto al estudio realizado a la expresión demandada, en cuanto a que si a los trabajadores de las sociedad de economía mixta se les aplica el régimen disciplinario, se observa que una de las excepciones es a las sociedades de economía mixta que se rigen por el derecho privado, esto tiene que ver de la sociedad que su capital del estado es inferior al 90% pero superior al 50% del estado, por lo que expresamente no se les aplica pero ese control debe estar sustentado en los preceptos que excepcionalmente autoricen encargar a los particulares del desarrollo de funciones públicas.

Igualmente expone, que el hecho mismo de ser miembro de una sociedad de economía mixta no implica la ausencia del control disciplinario respecto del eventual cumplimiento de funciones públicas, lo que quiere decir que los miembros de la sociedad de economía mixta deberán responder por las funciones públicas que desempeñan, así se rijan por el derecho privado, como particulares ejerciendo funciones públicas.

Igualmente, no significa ausencia total de controles en relación con las actividades regidas por el derecho privado, ya que las sociedades de economía mixta son organismos vinculados, pertenecientes a la estructura de la administración pública por lo que no se pueden desligar del control que ejerce el estado sobre ellas.

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: 2024-10-08 18:46:53*