

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA  
APLICACIONES Y TEMAS ESPECIALES**

**RICARDO MOSQUERA ROBÍN  
MARITZA ROSERO NARVÁEZ**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
CENTRO DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES SOCIO-JURÍDICAS  
ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO  
SAN JUAN DE PASTO  
2013**

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA  
APLICACIONES Y TEMAS ESPECIALES**

**RICARDO MOSQUERA ROBÍN  
MARITZA ROSERO NARVÁEZ**

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de  
Especialista en Derecho Administrativo**

**Asesor:  
PEDRO PABLO CALVACHE SANTANDER  
Especialista**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO  
CENTRO DE ESTUDIOS E INVESTIGACIONES SOCIO-JURÍDICAS  
ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO  
SAN JUAN DE PASTO  
2013**

## **NOTA DE RESPONSABILIDAD**

Las ideas y conclusiones aportadas en el siguiente trabajo son responsabilidad exclusiva del autor.

Artículo 1<sup>ro</sup> del Acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966 emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

**Nota de aceptación:**

---

---

---

---

---

---

---

Firma del Presidente de tesis

---

Firma del jurado

---

Firma del jurado

San Juan de Pasto, Diciembre de 2013

## DEDICATORIA

*Este trabajo especialmente dedicado a nuestro hijo Juan Pablo Mosquera Rosero. Todo emprendimiento, meta o propósito es posible gracias a él, a su valiosa existencia en nuestras vidas, a su grandeza como hijo y ser humano. Hombre de brillante inteligencia, disciplina y gran fortaleza de espíritu.*

## CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCION.....	12
1. LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA DESDE LA NORMATIVIDAD DEL CODIGO DE COMERCIO .....	14
1.1 TIPOS O FORMAS DE COMO SE CONSTITUYEN LAS SOCIEDADES COMERCIALES .....	15
1.1.1 Sociedad En Comandita.....	16
1.1.2 Sociedad de Responsabilidad Limitada.....	16
1.1.3 Sociedad Anónima. ....	17
2. LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA DESDE LA NORMATIVIDAD DE ADMINISTRACION PÚBLICA .....	18
2.1 UBICACIÓN EN LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO... ..	18
2.2 ORIGEN LEGAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991 .....	19
2.2.1 Ley 489 de 1.998: .....	20
2.2.2 Las Sociedades de Economía Mixta se encuentran por determinación de la ley vinculadas a la administración. ....	21
2.2.3 Las Sociedades de Economía Mixta deben cumplir con los Principios de la Función Administrativa consagrada en la Constitución Nacional. ....	22
3. EL REGIMEN GENERAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA .....	23
3.1 REGIMEN GENERAL O REGLA GENERAL.....	23
3.1.1 Régimen De Excepciones – Los Subregimenes.....	23
4. LOS SUBREGIMENES ESPECIALES .....	26
4.1 EL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA.....	26
4.1.1 Régimen de Excepciones.....	26
4.1.2 Reglas y claves: .....	29

4.2	RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS SERVIDORES DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA.....	31
4.2.1	El objeto social de las sociedades de economía mixta y la responsabilidad de sus servidores .....	31
4.2.2	Sujetos disciplinables: .....	32
4.3	TERCER RÉGIMEN- EL RÉGIMEN LABORAL DE LOS SERVIDORES DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA .....	35
4.4	CUARTO RÉGIMEN- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD FISCAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA .....	36
5.	APLICACIONES PRÁCTICAS .....	38
5.1	APLICACIONES PRÁCTICAS CON BASE EN LA EMPRESA DE SERVICIO PÚBLICO DE ALUMBRADO DE PASTO- SEPAL S.A. ....	38
5.1.1	Naturaleza Jurídica de la empresa de Servicio Público de Alumbrado del Municipio de Pasto, SEPAL S.A., .....	38
5.1.2	Regla General .....	38
5.1.3	Régimen de Excepciones.....	38
5.2	REGIMEN CONTRACTUAL DE LA EMPRESA SEPAL S.A. ....	39
5.3	REGIMEN DISCIPLINARIO DE LA EMPRESA SEPAL S.A. ....	40
5.4	CONTROL FISCAL DE LA EMPRESA SEPAL S.A.....	42
6.	CONCLUSIONES .....	44
	REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	48

## RESUMEN

Las Sociedades de Economía Mixta, son organismo en Colombia que tiene un Régimen General de regulación jurídica y a la vez Subregímenes Jurídicos diferentes. En este Trabajo precisaremos cuál es ese Régimen General y especial y cuales son a la vez los Subregímenes diferentes, tanto en materia contractual, en materia de responsabilidad disciplinaria, responsabilidad fiscal y régimen laboral de sus empleados que permiten establecer que en realidad no se trata de contradicciones o vacíos legales, sino de un régimen complejo por la versatilidad de estas sociedades, versatilidad que legalmente esta ampara por la libertad de configuración que la Constitución Nacional le otorgó al Congreso de la República. Este trabajo lo planteamos de manera práctica en relación con la empresa SEPAL S.A, que es una Sociedad de Economía Mixta vinculada al Municipio de Pasto y que es la única Sociedad de esta naturaleza en el ámbito del Departamento de Nariño.

## **ABSTRACT**

The Mixed Economy Companies are Colombia organism having a General scheme of legal regulation and Legal Subregimes different time. This will specify what that Labour General and Special Conditions and which are both different Subregimes both contractual matters relating to disciplinary responsibility, fiscal responsibility and the labor of their employees to establish that in fact is not contradictions or legal, but a complex system for the versatility of these companies, this versatility that legally protects freedom of configuration that the Constitution gave the Congress empty. This work propose a practical way in relation to the company SEPAL SA, a Mixed Economy Company linked to the Municipality of Pasto and is the only company of its kind in the field of the Department of Nariño.

## GLOSARIO

**ADSCRIPCIÓN.-** La adscripción es propia de los establecimientos Públicos o de Unidades Administrativas Especiales. A estas entidades se les aplica en toda su integridad el Derecho Público, sin perjuicio de casos excepcionales que pueden aplicar el derecho privado en cierto tipo de contratos, por tal razón las actuaciones administrativas, el ejercicio del Derecho Constitucional de Petición ,la responsabilidad de los funcionarios, y la responsabilidad de la entidad, e incluso el control de los actos y hechos administrativos se rigen por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Código Contencioso Administrativo o Código Disciplinario Único según el caso, la Función Pública en sus distintos aspectos por Decretos Reglamentarios y la contratación estatal por el Estatuto General de Contracción pública y para la estructura administrativa y de funcionamiento por lo contemplado en materia especial por la ley 489 de 1.998.

**ECONOMÍA.** El vocablo tiene al menos tres significados diferentes. Por una parte es sinónimo de ciencia económica; en otro sentido, se utiliza para designar el sistema económico concreto existente en un país o región, como cuando se habla de "la economía japonesa", por ejemplo. Por último, y más apegada a la etimología del término, la palabra economía significa, en el lenguaje corriente, la administración recta y prudente de los bienes, el ahorro de tiempo, materiales o trabajo. Esta acepción, en términos ya algo más técnicos, significa entonces el uso óptimo de los recursos de forma que una cantidad dada de los mismos produzca la mayor satisfacción o utilidad. En este sentido, pues, economía es sinónimo de eficiencia, de escogencia entre medios escasos para el logro de fines determinados con lo cual se establece un vínculo teórico con el primero de los significados mencionados.

**SOCIEDAD ANONIMA:** La sociedad anónima (S.A.) es una forma de organización de tipo capitalista muy utilizada entre las grandes compañías. Todo el capital se encuentra dividido en acciones, las cuales representan la participación de cada socio en el capital de la compañía. Una de las características de la sociedad anónima es que la responsabilidad de cada socio es proporcional al capital que haya. Por eso, participar en una S.A. tiene un nivel de seguridad financiero bastante alto.

**SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA:** Según (Código de Comercio). 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. Según (normas de administración pública) 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.

**VINCULACIÓN.** La vinculación hace referencia a un vínculo con la administración Municipal. Este grado de vinculación otorga a la entidad vinculada mayor autonomía administrativa que a una entidad adscrita. Del grado de vinculación deviene el Control de Tutela de la Administración, pero solo en materia de políticas y planes de carácter general que no interfieran en el grado de autonomía administrativa y financiera propia de este tipo de organismo o entidades.

## INTRODUCCION

La Constitución Nacional de 1.991 impulsó la participación de los particulares en la administración de la Nación a través de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y especialmente de las Sociedades de Economía Mixta, tanto del orden nacional, departamental o municipal. En relación con las sociedades de Economía Mixta el impulso fue notorio ya que le otorgó al Congreso de la República libertad de configuración legislativa, esta libertad de configuración facilita la vinculación de los particulares a determinadas actividades estatales bajo la premisa que se hará de forma más ágil, más eficiente y mucho más oportuna. En tal virtud la Constitución Nacional le permite al legislador configurar varios y diferentes regímenes al interior de un mismo organismo, lo cual pareciera a primera vista ilegal o incomprensible.

Las Sociedades de Economía Mixta gozan en el Ordenamiento Jurídico Colombiano de un régimen especial que a la vez abarca varios Subregímenes especiales y diferentes. En los Municipios, básicamente en el sector central por ejemplo tenemos un mismo régimen en materia de contratación, es decir el de la ley 80 y de todas las normas que la complementan, un solo régimen en materia de responsabilidad disciplinaria, un mismo régimen en materia de responsabilidad fiscal y un mismo régimen en materia de vinculación de sus empleados. En relación con las Sociedades de Economía Mixta, que pertenecen al sector descentralizado no sucede lo mismo, pueden tener por ejemplo un régimen jurídico general de Derecho Privado y desarrollar toda su actividad contractual de manera exclusiva por normas y reglas del Derecho Privado o a pesar de regirse por el Derecho Privado deben de manera obligatoria regirse en materia contractual por el Derecho Público. A esto lo hemos llamado una contradicción o al menos una aparente contradicción pues a primera vista no pueden convivir dos regímenes diferentes al interior de un mismo organismo.

Esta aparente contradicción se puede conciliar si se conoce las reglas, pautas, claves o principios que rigen a las Sociedades de Economía Mixta y especialmente el régimen de excepciones, es decir cuando a pesar de ser aplicable el derecho privado se debe por excepción aplicar el derecho público. Como conocemos toda Regla General tiene un régimen particular de excepciones, pero usualmente las excepciones tienden a ampliar o restringir el campo de acción de la norma general pero no tienden a cambiar el régimen jurídico si es del caso aplicar la excepción. En el caso de las SEM la aplicación de una excepción cambia de manera sustancial el régimen jurídico para una materia en concreto, específicamente en materia de contratación. Igualmente para armonizar esta posible contradicción cuando la aplicación de las excepciones obligan a las Sociedades de Economía Mixta a regirse por el derecho público en materia contractual, la ley ha establecido también unas excepciones al régimen general de excepciones para garantizar de todos modos el Principio General de que las

Sociedades de Economía Mixta se rigen por el Derecho Privado para no desnaturalizar de todos modos la Regla General.

En conclusión las Sociedades de Economía Mixta, son organismos que tiene un régimen especial de regulación jurídica y a la vez subregímenes jurídicos diferentes.

Como hemos establecido en la parte introductoria las Sociedades de Economía mixta se estructuran desde la normatividad consagrada en el Código de Comercio y en la Ley 489 de 1.998 que es una de las leyes más importantes en materia de estructuración de la Administración Pública. Por lo tanto abordaremos la temática desde estos dos esquemas jurídicos y los trataremos en capítulos separados.

## 1. LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DESDE LA NORMATIVIDAD DEL CÓDIGO DE COMERCIO

El bloque de normas del Código de Comercio que regula el tema de las Sociedades de Economía Mixta no es muy amplio pero es lo suficiente claro para estructurar los elementos y características básicas y fundamentales de este tipo de sociedades. En este bloque encontramos la definición, unas reglas básicas sobre su Régimen Jurídico y unas nociones sobre aportes y participación del Estado. El bloque normativo está contenido desde el artículo 461 al 468.

Sin embargo para efectos del tema planteado en este Trabajo resaltamos el artículo 461 del Código de Comercio, el cual define a las Sociedades de Economía Mixta e indica la sujeción de estas a un Régimen Jurídico determinado. Veamos:

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.

Las define entonces como sociedades comerciales, lo cual ya nos indica de manera clara que las Sociedades de Economía Mixta se estructuran y se constituyen como sociedades comerciales y que por lo tanto están sujetas a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria. Es decir se establece un Régimen Jurídico General y un régimen de salvedades.

Podemos incluso reconocer que la ley 489 de 1.998 cuando hace referencia a que son sociedades comerciales, lo hace un poco más concreto y conciso. El artículo 97 de la Ley 489 de 1998, establece: “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 excepciones que consagra la ley”.

De estas dos normas legales podemos resaltar cuatro aspectos muy importantes, a saber:

- ✓ Las sociedades de economía mixta son organismos 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 excepciones que consagra la ley”.

La misma norma, es decir el artículo 97 de la ley 489 de 1.998 reconoce en forma clara y expresa que las Sociedades de Economía Mixta son organismo constituidos bajo la forma de sociedades comerciales, no dice la norma que son organismo constituidos bajos las formas de entidades estatales, sino diáfananamente que son sociedades de tipo comercial, que ciertamente requieren previa autorización de un órgano estatal, llámese Congreso, Asamblea o Concejo, pero sin que este origen les quite la naturaleza de ser sociedades comerciales.

Si bien es cierto de conformidad con la regulación actual sobre sociedades de economía mixta, tanto la Ley 489 de 1.998 como el Código de Comercio establecen que estos organismos se constituyen bajo la forma de sociedades comerciales, ni el artículo 461 del Código de Comercio, ni el artículo 97 de la ley 489 de 1.998 establecen que las Sociedades de Economía Mixta se deban constituir bajo un determinado tipo de sociedad comercial o relacione o indique al menos un tipo preferente, lo que significa que todas las formas que adoptan las sociedades comerciales en el Código de Comercio son viables a la hora de constituir una Sociedad Mixta. En consecuencia cuando se tenga la voluntad de constituir las será necesario ser muy cuidados en la escogencia pues de esa decisión dependerá el desarrollo como empresa y las relaciones con el entorno social y economía de su domicilio y las relaciones con el Estado, con otros comerciantes y con la ciudadanía en general.

## **1.1 TIPOS O FORMAS DE COMO SE CONSTITUYEN LAS SOCIEDADES COMERCIALES**

Se adoptaran las formas sociales establecidas en Código de Comercio y en la legislación mercantil en general. Como este tipo de sociedades requiere autorización previa legal, y esta se surte a iniciativa del ejecutivo, le corresponde entonces a la autoridad nacional, alcalde o gobernador estudiar y analizar las diferentes formas de sociedades comerciales, sus principales características legales, sus ventajas, limitaciones o condicionamientos de cada una, para permitir la mayor desenvolvura de la sociedad en la economía regional o nacional.

En la actualidad, existen cuatro tipos sociales. Sociedad Colectiva, Sociedad en Comandita, Sociedad Anónima y Sociedad de Responsabilidad Limitada. A la sociedad colectiva se la ha calificado muchas veces de ser extremadamente personalista si se compara con la sociedad anónima a quien se califica de ser extremadamente capitalista. Entre estos dos extremos caben las sociedad en comandita con características intermedias y las sociedad de responsabilidad limitada considera más flexible y menos rígidas.

Miraremos las principales características de cada uno de estos tipos sociales.

**Sociedad Colectiva.** En la sociedad colectiva predominan las calidades de las personas que conforman la compañía e inciden en el desarrollo de la empresa, por lo mismo se las califica de sociedades personalistas.

Al tener este tipo de sociedades el carácter de personalistas, donde como hemos dicho prima la calidad del socio, su condición o jerarquía, como es el caso de los padres en asocio con los hijos, se presenta de manera directa una marcada relación patrimonial entre los socios y la sociedad que culmina o se materializa en la naturaleza de la responsabilidad de los socios, la cual es solidaria, subsidiaria e ilimitada donde queda comprometido el patrimonio personal del socio hasta el monto del aporte e incluso más allá del aporte realizado por el socio.

Si el estado, llámese Nación, Departamento o Municipio tuvieran la voluntad y la iniciativa de constituir una Sociedad de Economía Mixta, adoptando este tipo de sociedad, es decir la colectiva, deberá sopesar esta decisión y actuar con mucha prudencia y tacto, pues uno de los elementos estructurales y características de este tipo, es la responsabilidad del socio. En cuyo caso la responsabilidad del Estado será solidaria, e ilimitada, condición que pone en peligro no solo el aporte del Estado sino el patrimonio del mismo, más cuando las inversiones en las sociedades que tengan por objeto el cumplimiento de un fin específico o la prestación de un servicio público, o una actividad industrial y comercial especial, suponen montos cuantiosas y en la magnitud que permita la prestación efectiva del servicio, del fin o de la actividad empresarial.

**1.1.1 Sociedad En Comandita.** La sociedad en comandita, como lo establece la legislación comercial, puede ser simple o por acciones, ya sea que su capital se encuentre dividido en cuotas o acciones, lo cual determina la calidad de socio gestor que responde ilimitadamente y es el encargado de la administración, o de socio comanditario que responde hasta por el monto de sus aportes y que junto con el anterior conforman éste tipos social. En relación con la aplicación de esta forma o tipo social en las sociedades de economía mixta, de acuerdo a la clasificación de los socios ya analizada, se concluye fácilmente que no es muy viable ya que el Estado al asociarse con el particular busca equilibra cargas y no desentenderse por completo del negocio o responder por él y comprometerse ilimitadamente.

**1.1.2 Sociedad de Responsabilidad Limitada.** Siguiendo las calificaciones que hemos hecho de sociedades tipo personalista y tipo capitalistas, en la sociedad de responsabilidad limitada, se encuentran elementos de una y otra característica, tanto personalistas como capitalistas, lo que la convierte en una forma social moderna, flexible y más adaptable a las necesidades actuales de los empresarios. El capital de esta forma de sociedad se encuentra dividido en cuotas que no son libremente negociables, como en las sociedades anónimas,

pero por las cuales se responde solo hasta por el monto de los aportes, correspondiendo la administración de los negocios sociales a todos los socios, y combinándose así la dirección personal de la compañía con la limitación de responsabilidad y el consecuente compromiso patrimonial. Todas estas características permiten que las sociedades de economía mixta que en la práctica son organismos versátiles, muy dinámicos que se adaptan con facilidad a las reformas y cambios de libre mercado y de libre competencia, participen en el desenvolvimiento de la economía de una forma segura y viable, por lo cual es una posible alternativa de tipo social para escoger.

**1.1.3 Sociedad Anónima.** La sociedad anónima se caracteriza por constituirse de la reunión de un fondo social conformado por accionistas que responden solo hasta el monto de sus respectivos aportes; su capital se encuentra dividido en acciones, que son títulos de igual valor que otorgan derechos políticos y la posibilidad de participar en la repartición de utilidades de acuerdo a la cantidad que de éstas tenga cada socio en su aporte. La sociedad anónima según lo dispone la legislación mercantil está conformada por cuatro órganos para su funcionamiento. En primer lugar la asamblea general de accionistas que es el órgano de dirección, la junta directiva que es el órgano de administración, el representante legal y la revisoría fiscal que es el órgano de fiscalización.

Dadas estas características, donde cada socio tiene una titularidad sobre unas acciones determinadas y que responde solamente hasta por el monto de esas acciones, la mayoría o casi todas las Sociedades de Economía Mixta conocidas se constituyeron bajo la forma de sociedades anónimas, ejemplos tales como el Banco Agrario, Central de Inversiones, S.A, Financiera Eléctrica Nacional, S.A, Fondo para el financiamiento del sector Agropecuario, Empresa Colombiana de productos veterinarios, Vecol S.A, e incluso la empresa de servicio Público de Alumbrado de Pasto, SEPAL, está constituida bajo este tipo social. Este tipo social le facilita al Estado alcanzar de manera más conveniente sus finalidades, dentro de un marco de responsabilidad que no implica mayores riesgos que los determinados por el nivel de su aporte, y que desarrolla el objeto social en niveles de igualdad con los particulares.

## **2. LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA DESDE LA NORMATIVIDAD DE ADMINISTRACION PÚBLICA**

### **2.1 UBICACIÓN EN LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO**

Hemos planteado el estudio del régimen jurídico de las Sociedades de Economía Mixta desde dos ópticas complementarias, desde la óptica de las normas de la Legislación Mercantil que determinan que son sociedades mercantiles y que se rigen por el Derecho Privado con las salvedades de ley, lo cual podría bastar para especificar su régimen, pero a la vez hemos planteado que aunque se constituyen como sociedades mercantiles, estas hacen parte de la estructura de la administración Pública, y esa es la óptica que abordaremos a continuación.

La ubicación de las Sociedades de Economía Mixta, se determina a través de normas Constitucionales y normas de administración pública, especialmente la ley 498 de 1,998.

La Constitución de 1.991, al establecer que el Estado a más de ser Unitario, también reconoció y le concedió al mismo tiempo una gran relevancia y significación a la idea de la descentralización la cual admite varias modalidades como la denominada descentralización por servicios, en la se le otorgan a entidades públicas no territoriales algunas funciones que les permiten ejercer autónomamente una actividad especializada o la prestación de un servicio que comporta elementos técnicos y tecnológicos dado el grado de tecnificación requerido por el ejercicio de ciertas competencias y aún la conveniencia de que sean cumplidas estas funciones en concurrencia con los particulares.

Las entidades descentralizadas por servicios fueron tradicionalmente clasificados como establecimientos públicos, así como las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, que son las entidades u organismos que tienen relevancia en este trabajo. Esa nomenclatura en la actualidad subsiste, y está vigente pues la Constitución Nacional en su artículo 150-7, faculta al Congreso de la República para crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, competencia que los artículos 307-7 y 313-6 de la Carta conceden a las asambleas y a los concejos que, respectivamente, pueden crear los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del departamento o del municipio o distrito y autorizar la formación o constitución de sociedades de economía mixta, para todo lo cual, en el ámbito municipal o distrital, corresponde al Alcalde la iniciativa.

De conformidad con los artículos 150-7 y 210 de la Carta las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios solo pueden ser creadas por ley o por autorización de esta, principio que se aplica a las sociedades de economía mixta,

legalmente definidas en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 como 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 del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

A más de la autorización legal a la que hemos hecho referencia y bajo el entendido que son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales, es indispensable la celebración de un contrato entre el Estado o sus entidades y los particulares que van a ser parte de ellas, de modo que su organización es la propia de las sociedades comerciales previstas en el Código de Comercio, sus estatutos son expedidos por los socios y están contenidos en el contrato social y organismos vinculados del nivel descentralizado, que hacen parte de la estructura de la Administración Pública.

La vinculación o pertenencia a la estructura del Estado se evidencia de manera rigurosa en el aporte público para la constitución del capital social, así como en su condición de entidades descentralizadas que como todas las demás entidades descentralizadas por servicios, se vinculan a la Rama Ejecutiva del Poder Público, es decir a la Administración Central.

## **2.2 ORIGEN LEGAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991**

Con base en los principios establecidos por la Constitución de 1991, noción de Estado Unitario y a la vez Descentralizado por Servicios se desarrolló este último principio a través de la expedición de la Ley 489 de 1999, que dicta normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional y territorial bajo la metodología de establecer los organismos y entidades que integran de la Rama Ejecutiva del Poder Público y la especificación estructural de que 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, en cuyo caso interesa conocer el régimen al que se someten las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea menos del noventa por ciento (90%) del capital social, lo que a la vez permite concluir de que la participación del Estado se determinara a partir del capital social de la sociedad y no de otro tipo de capital como el suscrito o pagado, tema esencial para determinar la aplicación del régimen de excepciones especialmente en materia contractual

### 2.2.1 Ley 489 de 1.998:

*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:

“...  
“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.”

*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.

A partir de estas normas legales puede establecerse que hoy en día los elementos configurativos de las sociedades de economía mixta son:

- ✓ Constituidas con carácter de sociedades comerciales;
- ✓ Su objeto social es el cumplimiento de actividades industriales y comerciales, con ánimo de lucro;
- ✓ Sujeción a las reglas de Derecho Privado, *“salvo las excepciones que consagra la ley”*;
- ✓ Capital integrado por aportes del Estado y de particulares, en cualquier proporción;
- ✓ Vinculación a la Rama ejecutiva como integrante del sector descentralizado y consecuente sujeción a controles administrativos.

**2.2.2 Las Sociedades de Economía Mixta se encuentran por determinación de la ley vinculadas a la administración.** Las entidades y organismos estatales pueden estar adscritos o vinculados a la administración central. Dependiendo de ello se aplicará con mayor rigor el derecho Público a las adscritas y el Derecho Privado a las vinculadas.

**De la Vinculación.** La vinculación hace referencia a un vínculo con la administración Municipal. Este grado de vinculación otorga a la entidad vinculada mayor autonomía administrativa que a una entidad adscrita. Del grado de vinculación deviene el Control de Tutela de la Administración, pero solo en materia de políticas y planes de carácter general que no interfieran en el grado de autonomía administrativa y financiera propia de este tipo de organismo o entidades.

**Consecuencias de la vinculación.-**La vinculación es un grado propio de las entidades que tienen a su cargo la prestación de un servicio público de carácter comercial, industrial, técnico o financiero, que por sus naturaleza puede ser ejercido por particulares o por una entidad pública con régimen de Derecho Privado.

**De la Adscripción.-** La adscripción es propia de los establecimientos Públicos o de Unidades Administrativas Especiales. A estas entidades se les aplica en toda su integridad el Derecho Público, sin perjuicio de casos excepcionales que pueden aplicar el derecho privado en cierto tipo de contratos, por tal razón las actuaciones administrativas, el ejercicio del Derecho Constitucional de Petición, la responsabilidad de los funcionarios, y la responsabilidad de la entidad, e incluso el control de los actos y hechos administrativos se rigen por el Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Código Contencioso Administrativo o Código Disciplinario Único según el caso, la Función Pública en sus distintos aspectos por Decretos Reglamentarios y la contratación estatal por el Estatuto General de Contracción pública y para la estructura administrativa y de funcionamiento por lo contemplado en materia especial por la ley 489 de 1.998.

La adscripción en consecuencia significa tener menor autonomía administrativa pues la autonomía administrativa y financiera esta solo regulada por leyes especiales.

### **2.2.3 Las Sociedades de Economía Mixta deben cumplir con los Principios de la Función Administrativa consagrada en la Constitución Nacional.**

Cuando la ley determina que las Sociedades de Economía Mixta en desarrollo de su actividad comercial y empresarial deban suscribir contratos de todos modos así apliquen un régimen especial de derecho privado, deben cumplir con los Principios de la Función Administrativa consagrada en la Constitución Nacional en su artículo 209, que establece que la Función Administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

### **3. EL REGIMEN GENERAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA**

Del análisis de las normas mercantiles y de las normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional y territorial podemos concluir que efectivamente las sociedades de economía mixta tienen un régimen jurídico que podemos calificar como un Régimen General, lo que a la vez nos conducirá a estudiar o conocer que también hay Régimen Particular gobernado por salvedades o excepciones al que denominaremos Subregímenes.

Así las cosas, nos sujetaremos al principio de que el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta es el señalado por el legislador. La Constitución Política en el primer inciso del artículo 210 autoriza expresamente al legislador para crear o autorizar la creación de las entidades descentralizadas, entre ellas las sociedades de economía mixta del orden nacional, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa. Así mismo, el último inciso de la misma disposición señala que al legislador compete establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas de cualquier orden, lo que permite concluir que el Congreso de la República está revestido de libertad de configuración legislativa para señalar el régimen jurídico aplicable a este tipo de entidad descentralizada.

#### **3.1 REGIMEN GENERAL O REGLA GENERAL**

En desarrollo de la atribución constitucional de establecer el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta, el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 señala que las sociedades de economía mixta son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

Recordemos que por su parte, el Código de Comercio en su artículo 461 dispone que son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado, se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.

**3.1.1 Régimen De Excepciones – Los Subregímenes.** Si bien es cierto y queda claro que las Sociedades de Economía Mixta tienen un Régimen General, es decir que se sujetan al Derecho Privado y esa es la Regla, el sistema de excepciones es predominante y muy significativo que bien pueden conformar un Régimen Particular al que hemos llamado Los Subregímenes que pueden ser comunes o diferenciados de acuerdo al porcentaje de participación del Estado en la sociedad, pero como hemos precisado en relación con el capital social de la misma y que de

todos modos para atraer el capital privado el Legislador ha introducido importantes modulaciones que permiten no desnaturalizar la Regla General de Derecho Privado.

Aunque la Regla General indica que las sociedades de economía mixta están sujetas a un régimen de derecho privado, el hecho de que al legislador le corresponda definir su régimen jurídico le permite introducir diferencias o salvedades a la aplicación del régimen general establecido para dichas sociedades de economía mixta.

Tales diferencias o salvedades se fundan en el porcentaje de capital público presente en dichas entidades, ya que en atención al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales en las empresas de economía mixta, puede el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pues es claro como lo consignamos antes que para el efecto existe libertad de configuración legislativa.

Los siguientes ejemplos pueden comenzar a esbozar el Régimen Particular de Excepciones o los Subregímenes.

El primer Ejemplo es el párrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, que establece que 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 90% del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado. Es este punto podemos observar el peso o el efecto del porcentaje de la participación del Estado en relación con la fijación del régimen de una entidad u organismo, en este caso el de las Sociedades de Economía Mixta. Podemos observar que el porcentaje de participación del Estado determinara gracias a la libertad de configuración legislativa el régimen de una actividad y el régimen de sus servidores. En el caso específico si el porcentaje de participación del Estado es igual o superior al noventa por ciento (90%) el régimen de la actividad y el de los servidores de las Sociedades de Economía Mixta será el mismo de las empresas industriales y comerciales del Estado. O lo que es lo mismo si el porcentaje es menor al noventa por ciento (90%) el régimen de las Sociedades de Economía Mixta no será el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

El segundo ejemplo y sin adentrarnos mucho en el desarrollo de su contenido porque esta excepción a nuestro parecer y dada su importancia puede constituir por sí misma un Subrégimen, cabe citarse que la expresión contenida en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, según la cual, para efectos de contratación administrativa, son entidades estatales aquellas en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), tras estimar que entre las salvedades al régimen general aplicable, bien puede estar la salvedad que prevé

que para los solos efectos de contratación se considere que a algunas sociedades de economía mixta se les aplique el estatuto de contratación de las entidades estatales.

La Corte en diferentes pronunciamientos especialmente en la Sentencia C-953 de 1999 ha advertido que las salvedades al régimen de derecho privado basadas en el porcentaje de participación pública tienen un importante fundamento en la preponderante misión que les atañe a las sociedades de economía mixta “de atraer el capital privado hacia el desarrollo conjunto de proyectos de interés general y asumir directamente dentro de un ente societario los resultados de la correspondiente gestión con sus beneficios y responsabilidades”, elemento que “permite encontrar razonable que el legislador determine modulaciones en cuanto al régimen aplicable.

Un tercer ejemplo puede ser el efecto consagrado en el artículo 105 de la Ley 1437 de 2011, actual Código Contencioso Administrativo, que establece que para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50% de su capital. Anotamos que si bien es cierto esta norma al mencionar el porcentaje de participación del Estado se refiere solo al igual o superior al 90% del capital, sin mencionar si es el Capital Social, debemos entender que se refiere precisamente a este tipo de capital como lo menciona en forma clara el artículo 97 de la ley 489 de 1.998, y no a otro tipo de capital, como podría ser el suscrito o pagado.

## 4. LOS SUBREGIMENES ESPECIALES

### 4.1 EL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

Con base en los análisis ya efectuados perfectamente podemos decir que la Regla General en materia de contratación de las Sociedades de Economía Mixta para el desarrollo de su actividad empresarial e industrial es la aplicación del Derecho Privado. Es decir el Régimen General de contratación de las Sociedades de Economía Mixta es el Régimen contenido en el Código de Comercio y en el Código Civil,

**4.1.1 Régimen de Excepciones.** Sin embargo, a renglón seguido también debemos afirmar que esto es cierto pero salvo las excepciones consagradas en la ley, con lo cual abordaremos el estudio del régimen gobernado por las excepciones sobre este tema.

El sistema de excepciones está basado como lo hemos estudiado en el porcentaje de participación del Estado en la Sociedad.

La primera gran conclusión es que las Sociedades de Economía Mixta con participación del Estado inferior al 50% de su capital social se rigen por el Derecho Privado y en su contratación aplicaran las normas del Código Civil y del Código de Comercio, eligiendo la oferta más favorable dentro de ese entorno jurídico.

En consecuencia la segunda gran conclusión es que si la participación del Estado en las Sociedades de Economía Mixta es igual o superior al 50% de su capital social el régimen de contratación será el de la ley 80 de 1993, y demás normas que lo complementan. Es decir las decisiones adoptadas por la Gerencia y Equipo de Administración para suscribir contratos en desarrollo de ejercer su objeto social y poner en marcha su actividad comercial e industrial las debe tomar con apego a los Principios, Reglas, Procedimientos y normas contenidas en el Estatuto General de Contratación Pública.

Y aquí como dijimos al comienzo de este trabajo, se podría pensar entonces que existe una contradicción, porque cuanto si el porcentaje de participación del Estado en la Sociedades de Economía Mixta es igual o Superior al cincuenta por ciento (50%) de su Capital Social, esta se deberá regirse de manera obligatoria por el Estatuto General de Contratación Pública, y además la contradicción es más pronunciada si se tiene en cuenta que este Estatuto constituye por sí mismo un Régimen de gran envergadura que no solo sería una simple salvedad , sino todo

un Régimen especial y particular, que bien podríamos llamarlo el Subrégimen de contratación pública de las Sociedades de Economía Mixta.

Como vemos y como lo afirmamos en un comienzo las Sociedades de Economía Mixta son organismos muy versátiles, así todas tengan la misma denominación, la misma forma de origen legal, la misma naturaleza, unas pueden tener un régimen y otras uno muy diferente como en el presente caso.

- Sociedades de Economía Mixta con participación del Estado inferior al 50% de su capital social se rigen por el Derecho Privado, y en su contratación aplicaran las normas del Código Civil y del Código de Comercio.
- Sociedades de Economía Mixta es igual o superior al 50% de su capital social el régimen de contratación será el de la ley 80 de 1993, y demás normas que lo complementan.

Tanto el artículo 461 del Código de Comercio y 97 de la ley 489 de 1,998 establecen que la Regla General de las Sociedades de Economía Mixta es que se rigen por el Derecho Privado, salvo las excepciones consagradas por la ley, veamos cuales son entonces cuales son normas que consagran dichas excepciones:

**Artículo 2º de la ley 80 de 1.993.** Según el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, para efectos de contratación administrativa, son entidades estatales aquellas en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), tras estimar que entre las salvedades al régimen general aplicable bien puede estar la que prevé que para los solos efectos de contratación se considere que a algunas sociedades de economía mixta se les aplique el estatuto de contratación de las entidades estatales, es decir una entidad del Estado, entre las que se cuenta las sociedades de economía mixta, si la participación del estado en su composición accionaria es superior al 50% el régimen de contratación será el Estatuto General de Contratación, es decir por la ley 80 de 1.993 y sus decretos reglamentarios.

**Artículo 14 Ley 1150 de 2007.** Del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta sus filiales y empresas con participación mayoritaria del estado.

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados

monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

El régimen contractual de las empresas que no se encuentren exceptuadas en los términos señalados en el inciso anterior, será el previsto en el literal g) del numeral 2 del artículo 2º de la presente ley.

En este artículo, que tiene una redacción casi similar al anterior pero se redacta con mayor claridad y precisión, ya que el anterior para su aplicación se debía interpretar o bien la excepción o bien el régimen a que se quería hacer referencia. En este caso, el régimen se determina con contundencia y la excepción se plantea de manera concreta y sin ambigüedades, aumentando la condición del mercado monopolístico. Veamos.

- ✓ Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública,
- ✓ con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales,
- ✓ sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

**Decreto 2474 de 2008, Artículo 51:** Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados regulados, así como aquellas a las que se refiere el artículo 16 de la Ley 1150 de 2007, se regirán para su contratación por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad económica y comercial, sin desconocer los principios de la función pública a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Las demás entidades de esa misma naturaleza jurídica aplicarán lo previsto en el literal g) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 en cuyo caso se dará aplicación al procedimiento de selección abreviada de menor cuantía, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

**Artículo 3.2.6.1 Decreto 734 de 2012.** Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.

Sección VI -Actos y contratos con objeto directo de las actividades de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (EICE) y de las Sociedades de Economía Mixta (SEM)

Actos y contratos de las EICE y las SEM. Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados regulados, así como aquellas a las que se refiere el artículo 16 de la Ley 1150 de 2007, se regirán para su contratación por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad económica y comercial, sin desconocer los principios de la función pública a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Las demás entidades de esa misma naturaleza jurídica aplicarán lo previsto en el literal g) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 en cuyo caso se dará aplicación al procedimiento de selección abreviada de menor cuantía, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en la Ley 29 de 1990 en materia de contratos de ciencia y tecnología y demás normas pertinente.

Esta norma contiene reglas y directrices que son claves muy importantes para determinar el Régimen Jurídico de las Sociedades de Economía Mixta en materia contractual. Miremos:

#### **4.1.2 Reglas y claves:**

- ✓ Al referirse a la relación entre las SEM y la participación del Estado, establece que Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta

- por ciento (50%), sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%).
- ✓ Es decir participación del Estado en las SEM , superior al cincuenta por ciento (50%).
  - ✓ Se deja claro y se admite sin necesidad que aparezca en el texto del artículo, que las Sociedades de Economía Mixta en donde la participación del Estado sea igual o inferior al cincuenta por ciento (50%) se rigen en materia contractual por el Derecho privado, es decir por las reglas, normas y procedimientos del Código de Comercio y del Código Civil.
  - ✓ Se deja en claro que las Sociedades de Economía Mixta en donde la participación del Estado sea superior al cincuenta por ciento (50%) se rigen en materia contractual por el Estatuto General de Contratación Pública.

Pero un aporte importante de esta norma, es el admitir o dejar en claro que las Sociedades de Economía Mixta que a pesar de que la participación del Estado sea superior al cincuenta por ciento (50%) no se rigen por el Estatuto de Contratación Pública, y deben regirse por el Derecho Privado, es decir se regirán para su contratación por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad económica y comercial, siempre y cuando cumplan o estén en las siguientes condiciones:

- ✓ Que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional
- ✓ Que desarrollen su actividad en mercados regulados,
- ✓ Así como aquellas a las que se refiere el artículo 16 de la Ley 1150 de 2007,
- ✓ Que las SEM que estén en estas condiciones se regirán para su contratación por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad económica y comercial,
- ✓ Y todas las SEM a las que se hace referencia que se regirán para su contratación por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad económica y comercial, lo harán sin desconocer los principios de la función pública a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

**Artículo modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011: Artículo 14** del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del estado.

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración

Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

**Artículo 209 de la Constitución Nacional: De la función administrativa.** La función pública está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y desconcentración de funciones.

## **4.2 RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS SERVIDORES DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

Del artículo 97 de la Ley 489 de 1998 establece una excepción al señalar que el régimen 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 90% del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado, lo que ha llevado a analizar la en el caso de las sociedades de economía mixta en las cuales la participación del Estado sea inferior al 90%.lo que ha llevado a analizar la en el caso de las sociedades de economía mixta en las cuales la participación del Estado sea inferior al 90%.

**4.2.1 El objeto social de las sociedades de economía mixta y la responsabilidad de sus servidores.** El artículo 97 de la Ley 489 de 1998 precisa que las sociedades de economía mixta desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial y este elemento de su configuración aporta una importante explicación acerca del régimen jurídico al que se somete la responsabilidad de sus servidores y de la exclusión de algunas de ellas del conjunto de los sujetos que son disciplinables de conformidad con la Ley 734 de 2002.

El legislador puede establecer excepciones a las reglas de derecho privado que rigen a las sociedades de economía mixta, como, por lo demás, se desprende del artículo 97 de la Ley 489 de 1998 que, tras señalar que desarrollan sus actividades conforme a las reglas del derecho privado, agrega salvo las excepciones que consagre la ley, y del artículo 461 del Código de Comercio que, en idéntico sentido, señala que las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.

El ya citado párrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998 establece una excepción al señalar que el régimen 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 90% del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado, lo que ha llevado a analizar la en el caso de las sociedades de economía mixta en las cuales la participación del Estado sea inferior al 90%.

#### **4.2.2 Sujetos disciplinables:**

**Artículo 25.** Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código. En consecuencia El régimen de sujetos disciplinables en relación con el ámbito de aplicación o de los destinatarios de la ley disciplinaria se concentra según lo indica el artículo 25 de la ley 734 de 2002 en dos tipos de sujetos disciplinables a saber:

- ✓ Los servidores públicos
- ✓ Y los particulares contemplados en el artículo 53 de la misma ley.

En relación con el primer destinatario, si bien es cierto las personas que sirven a las Sociedades de Economía Mixta son en principio servidores públicos, no lo son en relación a los sujetos disciplinables a quienes se les aplique la ley disciplinable en general. La expresión servidor público es amplia y genérica y no se aplica de manera automática a todas las personas que tengan la calidad de servidores Públicos. El principal elemento para determinar la calidad de servidor público es su grado o forma de vinculación. Las personas vinculadas a las Sociedades de Economía Mixta, como es el caso específico de la empresa SEPAL S.A, lo están por regla general en virtud de un contrato de trabajo regido por el Derecho Privado, es decir por el Código Sustantivo del Trabajo principalmente y por causa de que por regla general este tipo de sociedades se rigen por el derecho privado.

Estos puntos básicos e importantes están ampliamente regulados por la Corte Constitucional en su Sentencia 338 de 2011, los cuales se mantienen enteramente aplicables a los temas de la calidad de servidores públicos de las personas vinculadas a las sociedades de economía mixta y al régimen general del Derecho privado con las debidas claridades y modificaciones hechas por el artículo 44 de la ley 1474 de 2011, que aunque no hace referencia expresa a las sociedades de economía mixta no modifica la esencia de que estas entidades que se rigen por el derecho privado son de todos modos considerados para efectos de la ley disciplinaria como particulares.

SENTENCIA C-388 DE 2011:

*“Fluye de lo hasta aquí considerado que al establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas por servicios y al definir lo concerniente a la responsabilidad de sus trabajadores, el legislador puede tener en cuenta las características propias de cada tipo de entidad y las diferencias existentes entre ellas y que, por lo mismo, la pretensión de la actora en el sentido de que se aplique el régimen disciplinario a todos los servidores públicos, incluidos los que laboran en las sociedades de economía mixta, resulta excesiva, pues desconoce los caracteres propios de cada entidad, la potestad de configuración del legislador para definir el correspondiente régimen jurídico y, por consiguiente, lo relativo a la responsabilidad y también desconoce que, conforme se ha explicado, el concepto de servidor público es genérico y comprende varias especies, entre las cuales se encuentra el trabajador de las sociedades de economía mixta, vinculado a ellas mediante un régimen de derecho privado.”*

*Entonces, no resulta acertada la correspondencia mecánica que la demanda establece entre la categoría de servidor público y la automática aplicación del régimen disciplinario contemplado en la Ley 734 de 2002, pues la asignación del régimen por el cual ha de regularse y hacerse efectiva la responsabilidad no es una consecuencia inexorable de la calidad de servidor público, sino que obedece a las singularidades de las diversas clases de entidades descentralizadas por servicios y a la evaluación que de esas especificidades haga el legislador, siempre de conformidad con la Carta que, como se visto, le autoriza para establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas.*

El segundo tipo de sujetos de la ley disciplinaria son los particulares contemplados en el artículo 53 de la ley 734 de 2002.

**Artículo 53 del C.D.U. Vigente hasta el 11 de julio de 2011:** Como hemos precisado, los actos y contratos a que hace referencia la información solicitada por su Despacho son los expedidos y suscritos en los años 2009 y 2010, lo que significa que se deberá analizar el Régimen Especial aplicable a las Sociedades de Economía Mixta a la fecha en que fueron expedidos, teniendo en cuenta que el Régimen Especial, específicamente el Régimen de los Particulares fue modificado a partir del 12 de julio de 2011 por la ley 1474 de 2011.

## **Régimen de los Particulares: Capítulo Primero:**

### **Ámbito de aplicación:**

**Artículo 52.** Normas aplicables. *El régimen disciplinario para los particulares comprende la determinación de los sujetos disciplinables, las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, y el catálogo especial de faltas imputables a los mismos.*

**Artículo 53.** Sujetos disciplinables. Modificado por el art. 44, Ley 1474 de 2011. *El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante **Sentencia C-037 de 2003** bajo el entendido de que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el Legislador;*

Como vemos el legislador hasta el 11 de julio de 2011, estableció con claridad que el Régimen Especial contemplado en los artículos 52 y 53 del C.DU., no se aplicaba a las Sociedades de Economía Mixta que se rijan por el régimen privado.

### **Del Régimen Especial de los Particulares a partir del 12 de Julio de 2011**

**Artículo 44. Ley 1474 de 2011, vigente a partir del 12 de julio de 2011, sujetos disciplinables. Por el cual se modifica el artículo 53 de la ley 734 de 2002:**

Este tema de las sociedades de Economía Mixta, estaba regulado de manera amplia y especial en el anterior texto del artículo 53 de la ley 734 de 2002 que se refería de manera precisa a las Sociedades de Economía Mixta regidas por el Derecho Privado. En la modificación introducida por la ley 1474 de 2001, si bien es cierto no se menciona en forma particular a las SEM, Sociedades de Economía Mixta, no quiere decir que todas sin excepción sean ahora sujetos disciplinables.

La Modificación del artículo 44 de la ley 1474 tiene el alcance de definir los sujetos activos de una manera más amplia y general y define aspectos claves que antes estaban un poco confusos en la anterior redacción del artículo 53, como los relacionados con la noción de función administrativa, función pública y lo que entiende por administración de recursos públicos. No se modifica lo que se entiende por particular como sujeto de activo de la ley disciplinaria, quedando vigente que por efectos y decisión de la ley las Sociedades de Economía Mixta son considerados particulares, porque en su administración se rigen por el Derecho Privado específicamente en materia laboral y en materia contractual.

Ahora miremos si la SEPAL como particular es sujeto activo de la ley disciplinaria, aspecto que regula de manera clara el artículo 53 de la ley 734 de 2002, modificado por el artículo 44 de la ley 1474 de 2002.

**Artículo 44. Ley 1474 de 2011 Sujetos Disciplinables:** El artículo 53 de la Ley 734 de 2002, quedará así:

*“El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.*

*Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.*

*Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.*

*No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.*

#### **4.3 TERCER RÉGIMEN- EL RÉGIMEN LABORAL DE LOS SERVIDORES DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

**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 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”.

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 de derecho privado no se opone a que sean servidores públicos, pues así surge del artículo 123 de la Constitución 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 citadas 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”

Se concluye que las sociedades de economía mixta de acuerdo con la ley han de organizarse, bajo la forma de sociedades comerciales, tienen como objeto social el desarrollo de actividades industriales y comerciales y, estándoles vedado el desarrollo de actividades monopolizadas a favor del Estado, tienen vocación para actuar solo en aquellos ámbitos librados a la plena competencia con agentes económicos íntegramente privados, razones todas que explican la decisión del legislador de definir que el régimen jurídico aplicable a tales organismos sea el de derecho privado”, lo que, tratándose de sus servidores, se traduce en que por razones funcionales y técnicas” resulta más adecuado al desarrollo de tales actividades la vinculación de sus trabajadores mediante un régimen de derecho privado.

#### **4.4 CUARTO RÉGIMEN- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD FISCAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA**

Es claro que aunque el control fiscal recae sobre las Sociedades de Economía Mixta, este control debe tener líneas de auditoría especiales aplicables en cada

caso en relación si en la Sociedad de Economía Mixta la participación del estado es mayor, igual o inferior al 50% de su capital. Si la participación del Estado es menor al 50% de su capital, las líneas de auditoría en relación con la gestión de la empresa o de la sociedad serán enfocadas en la gestión con base en las reglas de comercio y de industrias del derecho privado pues ellas compiten bajo los parámetros de las reglas del mercado de oferta y demanda.

La mayor o menor autonomía concedida por el régimen jurídico y la mayor o menor aplicabilidad de controles derivados de la naturaleza pública, privada o mixta de una institución deben guardar una relación de proporcionalidad directa con la mayor o menor participación pública en la composición accionaria de la sociedad. A menor participación pública, el régimen jurídico debe permitir una mayor autonomía, y viceversa.

En cualquier caso, esta mayor o menor autonomía no puede obviar algunas limitaciones que emanan de la propia Constitución. En especial, la vigencia permanente del control fiscal que por disposición de la Carta recae siempre sobre las entidades que manejan recursos públicos, conforme lo prescribe el artículo 267 de la Carta, cuyo tenor conviene recordar:

*“Artículo 267. “El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.”*

*“Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.*

*La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.”*

Se desprende entonces que la vigilancia de la gestión fiscal recae sobre las entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Por lo tanto, recae sobre cualquier clase de entidad que maneje tales fondos o bienes y no solamente sobre las sociedades de economía mixta. En tal virtud, si las Empresas de Servicios Públicos manejan fondos o bienes de la nación, en cualquier proporción, igualmente quedan sometidas a este control fiscal, sin que tenga relevancia la calificación sobre su naturaleza jurídica.

## 5. APLICACIONES PRÁCTICAS

### 5.1 APLICACIONES PRÁCTICAS CON BASE EN LA EMPRESA DE SERVICIO PÚBLICO DE ALUMBRADO DE PASTO- SEPAL S.A.

En este punto miraremos el caso específico de la empresa SEPAL S.A., Sociedad de Economía Mixta, Sociedad Anónima por acciones, vinculada al Municipio de Pasto, sector descentralizado por servicios con participación en su composición accionaria por parte del Municipio de Pasto. Para ello y con base en su naturaleza jurídica, miraremos y estudiaremos cual es su Régimen General, su régimen contractual, el régimen disciplinario y aspectos del control ejercido sobre este organismo, especialmente el relacionado con el control Fiscal. Para ello además estudiaremos además sus Estatutos.

**5.1.1 Naturaleza Jurídica de la empresa de Servicio Público de Alumbrado del Municipio de Pasto, SEPAL S.A.,** Según el artículo primero de los Estatutos, la empresa se constituye como una Sociedad de Acciones de Economía Mixta, formada entre entidades públicas, mixtas, personas jurídicas y natural. Se dice igualmente que la sociedad estará sometida a las normas que rigen la prestación del servicio de alumbrado público, a lo previsto en el Estatuto, al Código de Comercio, en lo pertinente a las sociedades anónimas y en general a la legislación colombiana. La Sociedad, establece sus estatutos es una empresa de economía mixta, vigilada por la Superintendencia de Sociedades y regida por el Derecho Privado, por cuanto los aportes del sector oficial son inferiores al 90% de su capital social.

**5.1.2 Regla General.** Como podemos apreciar los Estatutos de la Empresa debidamente elevados a escritura pública, establecen de manera muy clara el Régimen General de la empresa SEPAL S.A., es el del Derecho Privado, anotan sus estatutos que está vigilada por la Superintendencia de Sociedades y regida por el Derecho Privado, por cuanto los aportes del sector oficial son inferiores al 90% de su capital social.

**5.1.3 Régimen de Excepciones.** Con base en esta realidad, bastaría decir que como el Régimen General de la Empresa SEPAL S.A., es el del Derecho Privado, los actos y contratos de la empresa se deben regir por el Derecho Privado, o sea por las normas del Código de Comercio y además el artículo 4º de los estatutos dice que la SEPAL S.A. en el ejercicio de su objeto social y de sus actividades, los actos o contratos estarán regidos por el derecho, privado, la legislación pertinente, la Constitución Nacional y por las normas que expida la Asamblea de Socios.

Pero en la práctica esta Regla general es de compleja aplicación, veamos porque: Los estatutos de la empresa SEPAL S.A., si bien dicen que la regla general es que esta empresa se rige por el Derecho Privado, también es cierto que en este caso en concreto también impera el Régimen de Excepciones.

## **5.2 REGIMEN CONTRACTUAL DE LA EMPRESA SEPAL S.A.**

Como hemos anotado, el Régimen General de la Empresa SEPAL S.A, como las otras Sociedades de Economía Mixta que existen en Colombia, para el ejercicio y desarrollo de su objeto comercial y empresarial, es el del Derecho Privado. Podría pensarse entonces que en materia contractual debería regirse también por las normas del Derecho Privado. Pero en el caso en concreto, esta empresa como Sociedad de Economía Mixta debe analizar todo el contenido del Régimen de Excepciones, y muy especialmente en materia contractual dadas las connotaciones y repercusiones que esta actividad tienen ante los medios judiciales y los órganos de control.

**Naturaleza de los actos o contratos:** el artículo 4º de los Estatutos de la empresa SEPAL S.A, dice que la empresa SEPAL S.A., en el ejercicio de su objeto social y de sus actividades, los actos o contratos estarán regidos por el Derecho Privado, la legislación pertinente, la Constitución Nacional y por las normas que expida la Asamblea de Socios.

### **Capital social, accionistas y acciones:**

**Capital social:** En el artículo 50 de los Estatutos se indica que el capital autorizado a la Sociedad, es de TRES MIL MILLONES DE PESOS (\$3.000.000.000,00) equivalente a 300.000 acciones de un valor nominal de diez mil pesos (\$10.000) cada una.

**Capital suscrito y pagado:** El capital suscrito y pagado asciende a la cantidad de DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA MIL DE PESOS (\$2.994.780.000).

**Capital pagado:** El capital pagado asciende a la cantidad de DOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES DIEZ MIL PESOS (\$2.433.010.000)

El capital pagado. El capital pagado corresponde a los accionistas, en la cantidad y valores que a continuación se especifican:

Municipio de Pasto,	46 %
CEDENAR E.S.P.	42%
Particulares	12%

Es decir la participación del Municipio de Pasto, mirando el capital pagado y aportado efectivamente dentro de la Sociedad es del 46%. Por ser la participación del Estado inferior al 50% del capital social de la empresa, el Régimen de contratación de la Empresa SEPAL S.A., es el del Derecho Privado, es decir normas del Código Civil y normas del Código de Comercio, sin desconocer los Principios del artículo 209 de la Constitución Nacional, que son diferentes a los principios del Estatuto General de Contratación.

igualmente se debe tener en cuenta que las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados regulados se regirán para su contratación por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad económica y comercial, sin desconocer los principios de la función pública a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política.

La empresa SEPAL S.A., ejerce el objeto en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados regulados, tanto en las reglas de libre mercado de oferta y demanda en la compra de energía eléctrica para el suministro del Sistema, sino que además su actividad u objeto social está Regulado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, que entre coas regula las actividades de modernización del sistema a través de la compra de cierto tipo de tecnologías, aconteciendo los mismo en actividades de expansión y mantenimiento del servicio de alumbrado público.

En conclusión, el Régimen de Contratación de la empresa SEPAL S.A, es el del Derecho Privado, cumpliendo y sin desconocer los Principios de la Función Pública establecidos en el artículo 209 de la Constitución Nacional. La empresa SEPAL en materia de contratación por lo tanto no se rige por las normas o principios del Estatuto Generala de Contratación Estatal, específicamente por la ley 80 de 1.993 y sus Decretos Reglamentarios. La SEPAL en materia de contratación se rige por normas del Derecho Privado, es decir Código de Comercio y Código Civil. Por lo tanto la SEPAL cumple con las reglas establecidas por el Derecho Privado, es decir busca los precios de mercado, elige la oferta más favorable, y aplica Principios Constitucionales de la función Pública tales como los de economía, transparencia, eficiencia y eficacia.

### **5.3 REGIMEN DISCIPLINARIO DE LA EMPRESA SEPAL S.A.**

Con base en la libertad de Configuración Legislativa, el Congreso de la República como hemos anotado puede establecer régimen diferenciales sobre varias materias. Con base en esta libertad, en materia disciplinaria desde la expedición

de la ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, las Sociedades de Economía Mixta se consideran particulares.

### **Artículo 53 del C.D.U. Vigente hasta el 11 de julio de 2011**

#### ***Régimen de los Particulares: Capítulo Primero***

**Artículo 52.** *Normas aplicables. El régimen disciplinario para los particulares comprende la determinación de los sujetos disciplinables, las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, y el catálogo especial de faltas imputables a los mismos.*

**Artículo 53.** *Sujetos disciplinables. Modificado por el art. 44, Ley 1474 de 2011. El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.*

Como vemos el legislador hasta el 11 de julio de 2011, estableció con claridad que el Régimen Especial contemplado en los artículos 52 y 53 del C.D.U., no se aplicaba a las Sociedades de Economía Mixta que se rijan por el régimen privado.

#### **Del Régimen Especial de los Particulares a partir del 12 de Julio de 2011**

Con base en el artículo 44 de la ley 1474 de 2011, vigente a partir del 12 de julio de 2011, sujetos disciplinables se modifica el artículo 53 de la ley 734 de 2002: Este tema de las sociedades de Economía Mixta, estaba regulado de manera amplia y especial en el anterior texto del artículo 53 de la ley 734 de 2002 que se refería de manera precisa a las Sociedades de Economía Mixta regidas por el Derecho Privado. En la modificación introducida por la ley 1474 de 2001, si bien es cierto no se menciona en forma particular a las SEM, Sociedades de Economía Mixta, no quiere decir que todas sin excepción sean ahora sujetos disciplinables. La Modificación del artículo 44 de la ley 1474 tiene el alcance de definir los sujetos activos de una manera más amplia y general y define aspectos claves que antes estaban un poco confusos en la anterior redacción del artículo 53, como los relacionados con la noción de función administrativa, función pública y lo que entiende por administración de recursos públicos. No se modifica lo que se entiende por particular como sujeto de activo de la ley disciplinaria.

La técnica de estos artículos tanto del anterior como el vigente es el de precisar el concepto y definir unos alcances y unas excepciones. La empresa SEPAL S.A, es prestadora de un Servicio Público, y por esa razón así administre recursos del ente territorial no es sujeto activo de la ley disciplinaria. En este punto se aplica la excepción de que si el particular presta un servicio público. No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán

destinatarios de las normas disciplinarias. La empresa SEPAL no cumple funciones públicas, como las de Defensa, Seguridad o Educación. Cumple si funciones administrativa en la prestación del Servicio Público de Alumbrado.

**Artículo 44. Ley 1474 de 2011 Sujetos Disciplinables:** El artículo 53 de la Ley 734 de 2002, quedará así:

*“.....No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.*

#### **5.4 CONTROL FISCAL DE LA EMPRESA SEPAL S.A.**

La vigencia permanente del control fiscal que por disposición de la Carta recae siempre sobre las entidades que manejan recursos públicos, conforme lo prescribe el artículo 267 de la Carta, determina que la Empresa SEPAL S.A, si es sujeta del Control Fiscal ejercido por la Contraloría Municipal de Pasto, quien realiza control de gestión, de legalidad y de resultado pero atendiendo la naturaleza del organismo y con base en líneas de auditoría especial para empresas que desarrollan su objeto con fines empresariales y comerciales, dado que son creadas como sociedades comerciales. En este evento la empresa SEPAL S.A, cumplirá su labor aplicando los principios de la Función Administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Nacional y su control de resultados se hará con base en las metas e indicadores establecidos en el Plan de Desarrollo del Municipio de Pasto, del cual la empresa hace parte efectiva.

Las Sociedades de Economía Mixta son en virtud del párrafo del artículo 50 de la ley 489 de 1.998 entidades vinculadas a la administración, en consecuencia la empresa SEPAL S.A., es una entidad vinculada a la administración central en este caso al Municipio de Pasto.

La vinculación hace referencia a un vínculo con la administración Municipal. Este grado de vinculación otorga a la entidad vinculada mayor autonomía administrativa que a una entidad adscrita. Del grado de vinculación deviene el Control de Tutela de la Administración, pero solo en materia de políticas y planes de carácter general que no interfieran en el grado de autonomía administrativa y financiera propia de este tipo de organismo o entidades.

La vinculación es un grado propio de las entidades que tienen a su cargo la prestación de un servicio público de carácter comercial, industrial, técnico o financiero, que por su naturaleza puede ser ejercido por particulares o por una entidad pública con régimen de Derecho Privado.

La adscripción es propia de los establecimientos Públicos o de Unidades Administrativas Especiales. A estas entidades se les aplica en toda su integridad el Derecho Público, sin perjuicio de casos excepcionales que pueden aplicar el derecho privado en cierto tipo de contratos, por tal razón las actuaciones administrativas, el ejercicio del Derecho Constitucional de Petición ,la responsabilidad de los funcionarios, y la responsabilidad de la entidad, e incluso el control de los actos y hechos administrativos se rigen por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Código Contencioso Administrativo o Código Disciplinario Único según el caso, la Función Pública en sus distintos aspectos por Decretos Reglamentarios y la contratación estatal por el Estatuto General de Contracción pública y para la estructura administrativa y de funcionamiento por lo contemplado en materia especial por la ley 489 de 1.998.

La adscripción en consecuencia significa tener menor autonomía administrativa pues la autonomía administrativa y financiera esta solo regulada por leyes especiales.

En consecuencia en virtud del grado de vinculación otorgado por la ley, la empresa SEPAL S,A. tiene mayor autonomía administrativa y financiera y no está sujeta al Control de Tutela específico o particular como si se tratara de una Secretaria de Despacho, un Departamento Administrativo o Unidad Administrativa Especial o una entidad descentraliza tipo Establecimiento Público . En los términos del párrafo del artículo 50 de la ley 489 de 1.998 la empresa SEPAL S.A., está vinculada por servicios al Municipio de Pasto, sector central (Alcaldía de Pasto) y en tales términos hace también parte en forma armónica dentro del Plan de Desarrollo del Municipio de Pasto y cumple unas metas y unos objetos pero las actuaciones administrativas y la interactuación entre entidades se regulan solo por Control de Tutela en políticas o planes de carácter general y no específico, particular o jerárquico,

## 6. CONCLUSIONES

Con base en este trabajo podemos concluir que efectivamente las Sociedades de Economía Mixta dentro del ordenamiento jurídico colombiano, son organismo que si bien hacen parte de la Rama Ejecutiva del Estado, y que están vinculadas por servicios a la administración pública son entidades muy versátiles y muy dinámicas que se adaptan con facilidad al sistema económico el país de libre empresa en donde las condiciones del mercado marcan las condiciones de cómo la Nación satisface necesidades de los ciudadanos.

Para que las decisiones que tomen quienes gerencia o administran este tipo de entidades sean ajustadas a Derecho, especialmente en lo referente a la actividad contractual y responsabilidad de sus servidores. Como son entidades que desarrollan actividades empresariales y comerciales es de suma importancia tener claridad sobre que normas y que procedimientos se deben adoptar en materia contractual y que posición deben adoptar estas entidades frente a posible reproches de responsabilidad disciplinaria y responsabilidad fiscal.

Por tal motivo es claro que la Constitución Nacional otorgó al Congreso libertad de configuración legislativa en la restructuración del régimen legal de las Sociedades de Economía Mixta, le confirió un Régimen General Especial y a la vez subregímenes especiales diferentes en las cuatro materia que son la piedra angular de la administración del Estado, la contratación, la responsabilidad disciplinaria y fiscal y la vinculación legal de sus empleados.

En atención a porcentaje de la participación el Estado o de sus entes territoriales en las empresas o sociedades de economía mixta, puede el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pues es evidente que para tal efecto existe libertad de configuración legislativa. En el caso específico si el porcentaje de participación del Estado es igual o superior al noventa por ciento (90%) el régimen de la actividad y el de los servidores de las Sociedades de Economía Mixta será el mismo de las empresas industriales y comerciales del Estado. O lo que es lo mismo si el porcentaje es menor al noventa por ciento (90%) el régimen de las Sociedades de Economía Mixta no será el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Las Sociedades de Economía Mixta con participación del Estado inferior al 50% de su capital social se rigen por el Derecho Privado, y en su contratación aplicaran las normas del Código Civil y del Código de Comercio.

Las Sociedades de Economía Mixta es igual o superior al 50% de su capital social el régimen de contratación será el de la ley 80 de 1993, y demás normas que lo complementan.

Efectivamente la libertad de configuración legislativa facilita la vinculación de los particulares a determinadas actividades estatales bajo la premisa que se hará de forma más ágil, más eficiente y mucha más oportuna. Por lo tanto la Constitución Nacional le permite al legislador configurar varios y diferentes regímenes al interior de un mismo organismo, lo cual pareciera a primera vista ilegal, jurídicamente o una contradicción, o un vacío legal. Pero la realidad es que ciertamente las Sociedades de Economía Mixta en el ordenamiento jurídico colombiano gozan de un régimen especial que a la vez abarca varios subregímenes especiales y diferentes incluso dentro de las mismas Sociedades de Economía mixta y mucho más en tratándose de otras entidades del estado, bien pertenezcan al sector central o al sector descentralizado, bien sean establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, o Empresas Sociales del Estado.

Podemos concluir que el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta es el señalado por el legislador. La Constitución Política en el primer inciso del artículo 210 autoriza expresamente al legislador para crear o autorizar la creación de las entidades descentralizadas, entre ellas las sociedades de economía mixta del orden nacional, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

Igualmente concluimos que las Sociedades de Economía Mixta tienen un Régimen Jurídico de carácter General para el cumplimiento de su actividad empresarial y comercial y que ese régimen constituye la Regla General. En desarrollo de la atribución constitucional de establecer el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta, el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 señala que las sociedades de economía mixta son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley. Recordemos que por su parte, el Código de Comercio en su artículo 461 dispone que son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado, se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.

Concluimos de la misma manera que toda Regla General tiene un tema preciso de excepciones. Si bien es cierto las Sociedades de Economía Mixta tienen un Régimen General, es decir que se sujetan al Derecho Privado y esa es la Regla, el sistema de excepciones es predominante y muy significativo que bien pueden conformar un Régimen Especial al que hemos llamado Los Subregímenes que pueden ser comunes o diferenciados de acuerdo al porcentaje de participación del Estado en la sociedad, pero como hemos precisado en relación con el capital social de la misma y que de todos modos para atraer el capital privado el Legislador ha introducido importantes modulaciones que permiten no desnaturalizar la Regla General de Derecho Privado.

Es de particular importancia el tema de la contratación en relación con este tipo de sociedades que por determinación legal se rigen por el Derecho Privado, ello podría indicar fácilmente que toda la contratación para el cumplimiento cabal de su objeto social se haga por normas y procedimiento del Derecho Privado, pero en muchos casos, como hemos establecido y atendiendo a la participación del Estado en dichas sociedades, aunque tengan régimen general de derecho privado la contratación debe sujetarse a normas de derecho público, es decir, las vigentes y aplicables del Estatuto General de Contratación.

Para efectos de entender la participación del Estado debemos precisar que las sociedades de economía mixta pueden adoptar como forma de sociedad todas las formas conocidas del Código de Comercio, es decir anónimas, limitada o demás. La participación del Estado será entonces en relación con la forma en que se haya constituido la sociedad de economía mixta. En Colombia la forma más usual de constitución son las sociedades de economía mixta anónimas y la participación del Estado estará referida a un número de acciones y a un valor representativo de las mismas. Si la participación del Estado en las sociedades de economía mixta es inferior al 50% es claro que el régimen general de dicha sociedad es el de derecho privado y en particular el régimen de contratación también será por normas del derecho privado. Ahora bien, si la participación del Estado es superior al 50%, el régimen general seguirá siendo de derecho privado pero el régimen especial de contratación se regirá por normas del derecho público, es decir Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios. En este caso se está aplicando un régimen de excepción.

Ahora bien, aun teniendo claro que si la participación del Estado en una sociedad de economía mixta es superior al 50% el régimen de contratación es como hemos dicho el establecido en el Estatuto General de Contratación, lo cual podría suponer que desvirtúa de una manera tajante el principio de que el régimen general de estas empresas es el del derecho privado, sin embargo, como estas sociedades ejercen actividades económicas y empresariales la ley también ha establecido un régimen de excepciones al régimen general de excepciones y cuando estas empresas compitan con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados regulados aun teniendo el Estado una participación superior al 50% el régimen de contratación vuelve a ser el del derecho privado; lo anterior porque no se puede perder de vista que la ley de todos modos ampara la voluntad de que estas empresas que desarrollan actividades económicas y empresariales puedan desarrollar su objeto social en una forma más dinámica, más efectiva afrontando las condiciones de libre mercado y de oferta y demanda.

Las Sociedades de Economía Mixta tienen en resumen efectivamente un régimen especial de contratación, regido en primera instancia por el Código Civil y por el Código de Comercio o bien en segundo término regido por la ley 80 dependiendo todo de la participación, el estado en la conformación de su capital social. A pesar de ser parte de la rama ejecutiva del estado, de ser entidades vinculadas

por servicios y de tener sus empleados a calidad de servidores públicos tienen un régimen de disciplina diferente al del régimen del Código Disciplinario Único, a pesar de tener la categoría de servidores públicos su vinculación es preferentemente la del código laboral colombiano en la parte de trabajadores de trabajadores particulares y aunque están sujetos al control fiscal general tienen líneas de auditoría diferentes pues su actividad es generalmente regida por las reglas del derecho comercial y no las propias del gestor fiscal.

Naturalmente que lo anterior no significa que respecto de las Sociedades de Economía Mixta haya 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.

Estas entidades de todos modos están sujetas a varios tipos de controles que en todo caso no deben ser obstáculo para el ejercicio de su actividad comercial y empresarial, pero que se deben ejercer acatando y reconociendo esta realidad que en principio pueda sonar como una contradicción jurídica, para que estos organismos de control no se desborden en las aéreas de su competencia

En conclusión las Sociedades de Economía Mixta, son organismo en Colombia que tiene un Régimen General de regulación jurídica y a la vez Subregímenes Jurídicos diferentes. En este Trabajo hemos indicado cuales es ese Régimen General y especial y cuales son a la vez los Subregímenes diferentes, tanto en materia contractual, en materia de responsabilidad Disciplinaria, responsabilidad fiscal y régimen laboral de sus empleados que permiten establecer que en realidad no se trata de contradicciones o vacíos legales, sino en un régimen complejo que se da gracias a la versatilidad de estas sociedades, versatilidad ampara por la libertad de configuración que la Constitución Nacional le otorgó al Congreso de la República. Este ejercicio lo hemos planteado de manera práctica en relación con la empresa SEPAL S.A, que es una Sociedad de Economía Mixta vinculada al Municipio de Pasto y que es la única Sociedad de esta naturaleza en el ámbito del Departamento de Nariño.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ESTATUTOS DE LA EMPRESA SEPAL SA. 2013

ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE LA EMPRESA SEPAL SA. 2013.

RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho administrativo laboral. Decimosexta Edición. Bogotá: s.n. s.f.

### **CONSTITUCION NACIONAL:**

CODIGO DE COMERCIO. Artículo 461.

LEY 489 DE 1998.

LEY 1150 DE 2007.

LEY 1474 DE 2011.

DECRETO 734 DE 2012-11-16.

### **SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL:**

SENTENCIA C-629 de 2003.

SENTENCIA C-736 de 2007.

SENTENCIA C-953 de 1999.

SENTENCIA 338 de 2011.