



Función Pública

Concepto 054281 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000054281

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000054281

Fecha: 16/02/2021 02:41:32 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios. Rad. 20219000066262 del 8 de febrero de 2021.

En la comunicación de la referencia, solicita le sea aclarado el concepto con radicado No. 20216000041161 del 5 de febrero de 2021, pues en su criterio aun cuando los gerentes si son servidores públicos, no les aplica el régimen de inhabilidades puesto que esto es potestad del legislador y el legislador estableció que si se posee menos del 90% de capital estatal no aplica es régimen. Las inhabilidades del artículo 126 y 127 de la constitución política de Colombia no se aplican directamente, sino que son desarrollo legal, como lo establece el artículo 124 de Constitución. el artículo 127 establece "salvo las excepciones legales" y la Ley 489 de 1998, en su art 102, es una excepción legal.

Sobre la solicitud expuesta, me permito manifestarle lo siguiente:

Como se indicó en el concepto remitido, la Ley 142 de 1994, "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", establece:

"ARTÍCULO 17. NATURALEZA. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

PARÁGRAFO 1. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.

Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta Ley.

(...)"

De la citada norma se destaca que el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos será el previsto en esta Ley, en todo lo que no disponga directamente la Constitución.

Así mismo se indicó que el artículo 126 de la Carta prohíbe a todos los servidores públicos nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Igualmente, se citó en el concepto la sentencia aludida en su solicitud, Sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, y que para efectos de la aclaración, retomamos lo siguiente:

"6.2 El régimen jurídico de los servidores de las sociedades de economía mixta y de las empresas de servicios públicos.

(...)

Así pues, como primera conclusión relevante para la definición del segundo problema jurídico que plantea la presente demanda, se tiene que corresponder al legislador establecer el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta y de las empresas de servicios públicos, y que en tal virtud le compete regular la relación que se establece entre dichas entidades y las personas naturales que les prestan sus servicios, pudiendo señalar para ello un régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

(...)

Así pues, como segunda conclusión relevante se tiene que, en uso de libertad de configuración legislativa, el Congreso ha establecido como regla general que tanto las sociedades de economía mixta como las empresas de servicios públicos están sujetas a un régimen de derecho privado. La razones de esta decisión legislativa tienen que ver con el tipo de actividades industriales y comerciales que llevan a cabo las sociedades de economía mixta, y con la situación de concurrencia y competencia económica en que se cumplen tales actividades, así como también con el régimen de concurrencia con los particulares en que los servicios públicos son prestados por las empresas de servicios públicos, circunstancias estas que implican 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.

6.2.2. Ahora bien, utilizando un criterio orgánico, el artículo 123 de la Carta señala que "son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios". (Subraya la Corte). A su turno, el artículo 125 *ibídem* establece que "(l)os empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley". Con base en estas dos normas, la Corte ha hecho ver que la noción de "servidor público" es un género que comprende diferentes especies, cuáles son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales. Estos últimos, como es sabido, no se vinculan a la Administración mediante situación legal y reglamentaria, sino mediante contrato de trabajo, al contrario de lo que sucede con los empleados públicos. La jurisprudencia también ha hecho ver que la anterior clasificación emana de la Carta misma, pero que ello no obsta para que el legislador pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos diferentes de las mencionadas, para lo cual está revestido de facultades expresas en virtud de lo dispuesto por el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Política. Así pues, en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 superior, debe concluirse que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las sociedades de economía mixta y los las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas.

De otro lado, la Constitución también deja en manos del legislador el establecimiento de la responsabilidad de los servidores públicos, cuando en

su artículo 124 indica que “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.” Así pues, dado que según se ha examinado en las consideraciones precedentes de esta sentencia, tanto las sociedades de economía mixta como las empresas de servicios públicos son entidades descentralizadas pertenecientes a la Rama Ejecutiva, se tiene que las personas que les prestan sus servicios son servidores públicos, por lo cual el legislador puede señalar para ellos un régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Sin embargo, en ejercicio de la anterior facultad, el legislador encuentra límites que devienen directamente de la Carta, como aquellos que están dados por los artículos 126 y 127 superiores, que expresamente establecen ciertas inhabilidades e incompatibilidades aplicables a todos los servidores públicos.

(...)”.

(Se resalta).

De la jurisprudencia expuesta, y para efectos de la aclaración, se evidencia que el legislador encuentra límites que devienen directamente de la Carta, como aquellos que están dados por los artículos 126 y 127 superiores, que expresamente establecen ciertas inhabilidades e incompatibilidades aplicables a todos los servidores públicos.

Así lo ha señalado la Corte Constitucional, quien sobre el tema, en su Sentencia C106 del 31 de octubre de 2018, con ponencia del Magistrado Alejandro Linares Cantillo, señaló:

“La reserva constitucional en materia de inhabilidades:

Directamente el Constituyente estableció el régimen de inhabilidades para ejercer funciones públicas o para celebrar contratos con el Estado, respecto de ciertos servidores públicos o de ciertos particulares. Así, el artículo 197 de la Constitución Política previó lo relativo a la habilidad para ser elegido Presidente de la República; el artículo 179 de la Constitución Política dispuso las inhabilidades para ser congresista; el artículo 126 de la Constitución Política estableció tres prohibiciones diferentes que, indirectamente, acarrearán una inhabilidad para ejercer funciones públicas o para celebrar contratos con el Estado: (i) la prohibición a los servidores públicos, en ejercicio de sus funciones, para nombrar, postular, o contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente; (ii) la prohibición para nombrar o postular como servidores públicos, o celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, o con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en la hipótesis anterior; (iii) La prohibición de reelección (inelegibilidad) para determinados cargos o para ser elegido a un cargo de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de las funciones enlistadas - prohibición de la denominada “puerta giratoria”-.

(...)

De lo anterior se puede colegir que existen inhabilidades que, al haber sido determinadas directamente por la Constitución, no pueden ser modificadas por el legislador, para ampliarlas, ni para reducirlas en sus componentes y sus efectos, por ejemplo, en cuanto al tiempo de su duración o en cuanto a los grados de parentesco determinados por la norma superior.

(...)”.

(Se resalta)

Según la Corporación, y para el caso que nos ocupa, la prohibición contenida en el artículo 126 de la Carta al haber sido determinada directamente por la Constitución, no puede ser modificada por el legislador, para ampliarla, ni para reducirla en sus componentes y sus efectos.

Por lo tanto, no es de recibo el argumento expuesto en la consulta, según el cual las inhabilidades del artículo 126 y 127 de la Constitución Política de Colombia no se aplican directamente, sino que son desarrollo legal, como lo establece el artículo 124 de Constitución.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica reitera las conclusiones a las que llegó en el concepto con radicado No. 20216000041161 del 5 de febrero de 2021:

La inhabilidad contenida en el artículo 126 de la Constitución, es aplicable a los nominadores de las empresas de servicios públicos domiciliarios pues, como indica la Corte Constitucional, quienes laboran allí son servidores públicos y, en tal virtud, les son aplicables las inhabilidades constitucionales dirigidas a estos.

Las personas vinculadas mediante contrato de prestación de servicios no son servidores públicos.

El gerente de una empresa de servicios públicos, aun cuando no está incluido de manera explícita en la clasificación contenida en el artículo 123 de la Carta, es un servidor público y le es aplicable la prohibición contenida en el artículo 126.

El gerente de una empresa de servicios públicos domiciliarios con menos del 90 % de capital público no podrá vincular mediante contrato de prestación de servicios a un primo, pues de acuerdo con el artículo 126 de la Constitución, los nominadores no pueden vincular como contratistas, entre otros, a parientes que se encuentren hasta el cuarto grado de consanguinidad y, conforme a la legislación civil colombiana, los primos se encuentran en el cuarto grado de consanguinidad.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Sentencia C-299 de 1994. M.P Antonio Barrera Carbonell.

2. Cf. *Ibídem*

3. *“Que el régimen de inhabilidades para ser elegido Presidente de la República sea cerrado es de suma trascendencia en una democracia pluralista y participativa porque impide que el legislador establezca nuevas prohibiciones que excluyan a ciertas personas o grupos de la posibilidad de competir en determinada campaña presidencial, si la prohibición es temporal, o para siempre, si la prohibición se basa en una condición inmutable”*: Corte Constitucional, sentencia C-015/14.

4. Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro de la Comisión de Aforados, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Registrador Nacional del Estado Civil.

5. Ver: Corte Constitucional, sentencia C-053/16.

6. *“(…) asunto en el que ésta no había dejado ningún margen al Legislador y había decidido regular directamente dicha prohibición”*: Corte Constitucional, sentencia [C-311/04](#).

7. *“Una inhabilidad legal no puede ser menos rigurosa que una inhabilidad constitucional sobre la misma materia”*: Corte Constitucional, sentencia C-1105/01. Ver en este sentido: sentencia [C-468/08](#).

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:58:33