



Concepto 132031 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000132031

Fecha: 31/03/2023 12:41:52 p.m

Bogota D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Diputado. Inhabilidad para aspirar al cargo por tener vínculo laboral con empresa de economía mixta.

RAD. 20232060164592 del 15 de marzo de 2023.

En la comunicación de la referencia, informa que presta sus servicios como médica en la entidad Capital Salud Entidad Promotora de Servicios de Salud del Régimen Subsidiado SAS, empresa de economía mixta con operación en el Distrito Capital, vinculada mediante contrato individual de trabajo. Con base en la información precedente, consulta lo siguiente:

¿Teniendo en cuenta las particularidades de la empresa donde trabaja y las funciones que desempeña, ¿estaría inhabilitada para ser candidata como Diputada a la Asamblea del Departamento de Cundinamarca?

¿En qué momento debe renunciar a su trabajo para no estar inhabilitada?

¿Existe algún otro tipo de incompatibilidad o conflicto de interés que se presente con su actual contrato de trabajo?

Sobre las inquietudes expuestas, me permito manifestarle lo siguiente:

Para la verificar la existencia de la posible inhabilidad, se debe atender lo señalado por la Ley 2200 de 2022, que en su artículo 49 dispone:

Con relación a las inhabilidades para ser elegido Diputado, la Ley 2200 de 2022, *“por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los departamentos”*, consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 49. De las inhabilidades de los diputados. Además de las inhabilidades establecidas en la Constitución, la ley y el Código General Disciplinario, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido diputado:

(...)

Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien, como empleado público del orden nacional, departamental, distrital o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

(...)”. (Subrayado fuera de texto)

En el caso que nos ocupa, para que se configure la inhabilidad contenida en el numeral 4° del artículo 49, deberá verificarse la existencia de los siguientes presupuestos:

Que haya laborado como empleado público.

Dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de elección.

Que como empleado haya ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento.

O que como empleado público del orden nacional, departamental, distrital o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

Inicialmente debe verificarse si su vínculo laboral con la Entidad Promotora de Servicios de Salud del Régimen Subsidiado SAS es de empleado público. Sobre el particular, la Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del Artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, establece:

“ARTÍCULO 38.- Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

(...)

PARÁGRAFO 1.- Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

ARTICULO 97. SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

(...).

PARAGRAFO. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.” (Subrayas y negrilla nuestro)

A su vez el Código de Comercio señala:

“ART. 461. Definición de la Sociedad de Economía Mixta. Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado.

Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.”

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

En cuanto a la naturaleza de los trabajadores de una sociedad de economía mixta, es importante remitirse a lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C118-18, Magistrado Ponente: Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, donde establece:

“(…)

En efecto, como quiera que el elemento principal en la determinación de los servidores públicos es el tipo de funciones que ejercen y no su clasificación en abstracto, esta Corporación ha considerado que el concepto de servidor público es una nominación genérica que comprende diferentes especies, entre las que se encuentran los trabajadores oficiales, quienes se vinculan a la administración a través de un contrato de

trabajo, así como las otras clases, denominaciones o grupos de servidores que la ley determine.

Por lo tanto, resulta claro que la previsión del Artículo 123 Superior identifica, de manera enunciativa, algunos de los servidores públicos del Estado, entre los que incluye a los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas por servicios, pero esta disposición no excluye la posibilidad de que el Legislador establezca nuevas categorías de servidores públicos.

Ahora bien, advertida la amplia noción de servidor público es necesario determinar algunas de las consecuencias de rango constitucional que se derivan de esa categoría y, de manera específica, si esta tiene implicaciones en la fijación del régimen jurídico correspondiente. La determinación de estos aspectos debe partir de las normas de la Carta Política relacionadas con el ejercicio de la función pública, las cuales ponen énfasis en: (i) la naturaleza de la actividad, como elemento principal para la identificación de la categoría del servidor público; (ii) la probidad en el ejercicio de dicha función a través de la consagración de los principios que rigen esa actividad, los requisitos del empleo público y los límites a su ejercicio, la previsión de la responsabilidad de los servidores, los sistemas de nombramiento, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades; y (iii) el amplio margen de configuración del Legislador en el diseño de la función pública.

(...)

La sentencia C-736 de 2007 estudió, entre otros, el cargo formulado en contra del Artículo 102 de la Ley 489 de 1998 que establece que los representantes y miembros de juntas directivas de sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación superior al 90% del capital se sujetan al régimen de inhabilidades previsto en el Decreto 128 de 1976.

Para el demandante, en la medida en que las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas por servicios, sus trabajadores son servidores públicos, sin importar el monto de participación estatal y, como tales, deben estar sometidos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones correspondiente.

(...)

Adicionalmente, señaló que las personas que prestan sus servicios en las sociedades de economía mixta son servidores públicos y, por ende, el Legislador puede diseñar su régimen jurídico sin más límites que aquellos fijados directamente por la Constitución, tales como los previstos en los Artículos 126 y 127 superiores, que expresamente establecen ciertas inhabilidades e incompatibilidades aplicables a todos los servidores públicos.

(...)"

De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional la noción de "servidor público" es un género que comprende diferentes especies, como es el caso de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y los trabajadores del Estado, pero ello no obsta para que el legislador pueda establecer nuevas denominaciones, clases o grupos de servidores públicos diferentes de las mencionadas, por lo cual, 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 las las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas.

Dando contestación a las consultas 1, 2 y 3 Los trabajadores de sociedades de economía mixta que desarrolla actividades comerciales y está en competencia con el sector privado cuya participación accionaria es superior al 50% e inferior al 90% qué régimen laboral ostentan, de conformidad con lo previsto en las normas que rigen la materia y que han sido desarrollados en el presente oficio, se tiene que en el caso que la participación accionaria del Estado en la sociedad de economía mixta sea inferior al 90%, sus trabajadores son considerados servidores públicos que se rigen por las disposiciones del derecho privado; es decir, por el Código Sustantivo del Trabajo.

Así las cosas, por su vínculo laboral con Entidad Promotora de Servicios de Salud del Régimen Subsidiado SAS, puede concluirse que es servidora pública, pero no en calidad de empleada pública y, en tal virtud, no se configura el primer elemento de la inhabilidad descrita en el numeral 4° del artículo 49 de la Ley 2200 de 2022. Los demás elementos de la inhabilidad no serán analizados por considerarlo innecesario.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que no se encuentra inhabilitada para aspirar al cargo de Diputada, pues su vínculo laboral con la entidad del sector salud no es de empleada pública. No obstante, en virtud de la prohibición constitucional que pesa sobre los servidores públicos de participar en política, deberá renunciar a su cargo y su renuncia ser aceptada antes de inscribirse como candidata a la Asamblea.

En caso de 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":

<https://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: Maía Valeria Borja Guerrero

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:33:12