



Concepto 099541 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000099541

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000099541

Fecha: 17/03/2023 05:19:33 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Prohibición para ejercer más de un empleo público. Inhabilidad para desempeñar simultáneamente un cargo en empresa de economía mixta y ser concejal. RAD. 20232060129022 del 27 de febrero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si como empleado de una empresa mixta donde el Municipio es accionista con el 51% y no manejo personal ni presupuesto, debido a que mi cargo es auxiliar administrativo, puede aspirar al Concejo Municipal y continuar laborando en dicha empresa después de ser elegido como concejal en un Municipio de sexta categoría.

Sobre el desempeño de más de un empleo público, la Constitución Política señala en su artículo [128](#):

“ARTICULO. [128](#).- Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

Por su parte, la Ley [4ª](#) de 1992, “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo [150](#), numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”, consagra:

“ARTICULO. [19](#).- Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;

e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos Juntas;

g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados;

PARAGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.”
(Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo señalado en los textos normativos citados, nadie puede desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, con excepción de las causales expuesta en el párrafo del artículo 19.

Ahora bien, la Constitución Política indica, además:

“ARTÍCULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

(...)”

Según lo expuesto, los Concejales, son servidores públicos en la modalidad de “*miembros de las corporaciones públicas*”.

Respecto a quienes trabajan en empresas de economía mixta, la Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del Artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, establece:

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)

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.^[103]

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.

51.- 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^[104], los requisitos del empleo público y los límites a su ejercicio^[105], la previsión de la responsabilidad de los servidores^[106], los sistemas de nombramiento^[107], y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades^[108]; y (iii) el amplio margen de configuración del Legislador en el diseño de la función pública.

En relación con el último de los elementos mencionados, resulta relevante el Artículo 150.23 de la Carta Política, que radica en cabeza del Congreso de la República, de manera expresa, la competencia para regular el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de servicios públicos. Esta facultad se desarrolla por otras disposiciones superiores, en las que se precisa que el Legislador determinará diferentes aspectos de la función pública, tales como el régimen jurídico de los servidores públicos; las funciones de los empleos; el régimen de responsabilidad; el sistema de nombramiento, ingreso y retiro; las excepciones a las prohibiciones de rango constitucional, entre otros.

En síntesis, la Constitución de 1991 le concedió al Legislador un amplio margen de configuración en la definición de la función pública, el cual encuentra límites en los principios y postulados generales de la Carta Política, y en sus previsiones competenciales. Por ende, el examen de la constitucionalidad de las leyes que regulan esta materia debe partir de la amplitud de la competencia del Congreso de la República, que incluye la determinación de las normas que rigen

la relación laboral entre los servidores y el Estado, pues este es un aspecto que no se definió, de forma expresa, por la Constitución.

52.- Establecida la amplia competencia del Legislador en la definición del régimen jurídico de los servidores públicos y por ser relevante para el caso bajo estudio, la Sala describirá la forma en la que esta Corporación ha examinado la constitucionalidad de normas que regulan diferentes aspectos del régimen de los servidores de las sociedades de economía mixta.

53.- La sentencia C-722 de 2007^[109] estudió la demanda presentada en contra de algunas disposiciones de la Ley 1118 de 2006, que cambió el régimen jurídico de ECOPETROL y la transformó en una sociedad de economía mixta. Uno de los cargos presentados se formuló en contra del Artículo 7 ibídem que establece que para el régimen laboral los servidores públicos de dicha entidad tendrán el carácter de trabajadores particulares. Para el actor, esta previsión desconocía el Artículo 123 de la Constitución, según el cual son servidores públicos los miembros de las entidades descentralizadas por servicios.

En el examen del cargo descrito, la Sala advirtió que, contrario al planteamiento del demandante, la disposición acusada no modificó la condición de servidores públicos de ECOPEPETROL para convertirlos en trabajadores particulares, ya que la referencia al carácter de trabajadores particulares únicamente estaba relacionada con el régimen laboral aplicable a los contratos individuales de trabajo -Código Sustantivo del Trabajo-. Por lo tanto, la norma acusada no transgredió el Artículo 123 Superior.

Finalmente, precisó que la asignación del régimen jurídico de los particulares por parte de la norma acusada también tiene una justificación constitucional, ya que permite asegurar la vigencia de las prerrogativas plasmadas en las convenciones colectivas de trabajo y demás acuerdos que puedan existir entre la entidad empleadora y sus trabajadores y, de este modo, se respetan los derechos adquiridos de los trabajadores.

La sentencia C-736 de 2007^[110] 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.

En el estudio del cargo, la Corte destacó que el Artículo 210 de la Constitución Política autorizó al Legislador para establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas, categoría en la que están incluidas las sociedades de economía mixta y, por lo tanto, la ley puede definir el tipo de vínculo que une a los trabajadores con dichas entidades.

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.

(...)

Por su parte, la sentencia C-338 de 2011^[111] examinó la constitucionalidad del Artículo 53 parcial de la Ley 734 de 2002, que excluyó del régimen del Código Disciplinario, como sujetos disciplinables, a los particulares que trabajen en las sociedades de economía mixta. El cargo decidido en esa oportunidad cuestionó la clasificación de los trabajadores en mención como particulares, por la supuesta transgresión del Artículo 123 Superior.

Para resolver la acusación descrita, la Sala Plena hizo referencia a las particularidades de las sociedades de economía mixta y destacó la competencia otorgada al Legislador en el Artículo 210 Superior para definir su régimen jurídico, que incluye el de sus servidores, a través de, entre otros, la determinación del vínculo que une a los trabajadores con la entidad correspondiente.

A partir de esas consideraciones, adujo que el tipo de actividades que desarrollan las sociedades de economía mixta justifica la fijación de un régimen de derecho privado, el cual también puede regular la relación de sus trabajadores, quienes por esta circunstancia no pierden su condición de servidores públicos. Por lo tanto, la exclusión del régimen disciplinario cuestionada no transgrede el Artículo 123 Superior, ya que la asignación de un régimen específico de responsabilidad no es una consecuencia inexorable de la calidad de servidor público, sino que obedece a las singularidades de las entidades públicas a las que están vinculados los servidores y a la evaluación de esas especificidades por parte del Legislador.

54.- En síntesis, de acuerdo con la previsión del Artículo 123 Superior, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que los empleados y trabajadores de las sociedades de economía mixta son servidores públicos. Asimismo, ha explicado que esa categorización no implica la determinación de un régimen jurídico específico, pues este aspecto no fue definido de manera explícita en la Carta Política y, por el contrario, su determinación se defirió al Legislador.

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 empresas de servicios públicos, son servidores públicos, (aun cuando la participación estatal esté por debajo del 90.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que no existe impedimento para su aspiración al ser un empleado regido por las normas del derecho privado. No obstante, no será viable que, obteniendo la calidad de Concejal, preste sus servicios simultáneamente en una empresa de economía mixta, por cuanto la Constitución prohíbe tener dos vinculaciones como servidores públicos y percibir más de una asignación proveniente del tesoro público, situación que se presenta en el caso planteado pues, aun cuando el trabajador de una empresa de economía mixta se rige por el régimen privado, continúa siendo un servidor público.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Claudia Inés Silva

Revisó: Maía Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:14:15