



Función Pública

Concepto 41451 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública

20166000041451

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20166000041451

Fecha: 29/02/2016 01:18:48 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.- ¿Existe algún tipo de incompatibilidad para que un concejal se posesione como representante legal de una sociedad de economía mixta? ¿El representante legal de una empresa que actúa como auto retenedor del IVA y retención en la fuente lo inhabilita para ser elegido en el cargo de alcalde? ¿Las sociedades de economía mixta hacen parte de la administración pública? RAD.- 2016-206-001173-2 del 18 de Enero de 2016.

En atención a su escrito de la referencia, me permito dar respuesta en los siguientes términos.

PLANTEAMIENTO JURIDICO

¿Existe algún tipo de incompatibilidad para que un concejal se posesione como representante legal de una sociedad de economía mixta?

¿El representante legal de una empresa que actúa como auto retenedor del IVA y retención en la fuente lo inhabilita para ser elegido en el cargo de alcalde?

¿Las sociedades de economía mixta hacen parte de la administración pública?

FUENTES FORMALES Y ANALISIS

Con el fin de atender su planteamiento jurídico, es preciso atender pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado pertinentes al tema objeto de su consulta; así como el artículo 128 y 291 de la Constitución Política; así como disposiciones de la Ley 617 de 2000.

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, el régimen de

inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

1.- En atención a su primer interrogante, referente a establecer si existe algún tipo de incompatibilidad para que un concejal se posesione como representante legal de una sociedad de economía mixta, me permito indicar lo siguiente:

Respecto de las incompatibilidades de los concejales municipales, la Constitución Política señala:

“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.” (Negrilla y subrayado fuera del texto).

“ARTICULO 291.- Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura...”

De acuerdo con lo anterior, los concejales municipales o distritales como servidores públicos miembros de corporación pública, no podrán recibir doble erogación del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, entendiéndose por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas; tampoco podrán durante el ejercicio de su cargo aceptar cargo alguno en la administración pública.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, las sociedades de economía mixta hacen parte del sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público, en ese sentido, y atendiendo los criterios establecidos en el artículo 39 ibídem, se considera que las empresas de economía mixta hacen parte de la administración pública.

Por otro lado, con el fin de establecer la clasificación de los trabajadores vinculados a las sociedades de economía mixta, es importante remitirse a lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, donde establece:

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

6.2.1 El artículo 210 de la Constitución Política autoriza al legislador para establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes. Como dentro de esta categoría se incluyen tanto las sociedades de economía mixta, como las empresas de servicios públicos, debe concluirse que su régimen jurídico es el señalado en la Ley. Ahora bien, el señalamiento del tipo

de vínculo que une a los trabajadores de las sociedades de economía mixta o de las empresas de servicios públicos con esta clase de entidades descentralizadas es un asunto que forma parte de la definición del régimen jurídico de las mismas, y que por lo tanto debe ser establecido por el legislador.

De otro lado, según las voces del artículo 365 superior, los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. Además, de conformidad con el mismo artículo, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, por lo cual quienquiera sea quien los preste, el legislador tiene el deber de regularlos de manera que dicha finalidad social quede garantizada. En tal virtud, como lo ha hecho ver esta Corporación, “puede establecer las condiciones y limitaciones que resulten necesarias, sean ellas relativas por ejemplo a la aplicación de “instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado, o el establecimiento de inhabilidades o incompatibilidades que puedan resultar necesarias para “el logro de sus fines competenciales” y “el respeto de los principios que rigen la función administrativa, fijando en todo caso límites a dicha intervención” (Destaca la Corte). Esta facultad legislativa se ve corroborada por lo prescrito por el numeral 23 del artículo 150 superior, a cuyas voces corresponde al Congreso “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”. (Destaca la Corte)

Así pues, como primera conclusión relevante para la definición del segundo problema jurídico que plantea la presente demanda, se tiene que corresponde 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.

Ahora bien, como se hizo ver ad supra, en ejercicio de esta facultad el legislador estableció en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 que “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 y comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”. (Destaca la Corte) Y el Código de Comercio en su artículo 461 dispone que “(s)on 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.” (Destaca la Corte)

De manera similar, el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 indica que salvo las excepciones constitucionales o las señaladas en esa misma ley, todas las empresas de servicios públicos se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

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, cuales 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 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.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional la noción de “servidor público” es un género que comprende diferentes especies, cuales son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales, 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, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador puede señalar distintas categorías jurídicas.

En ese orden de ideas, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que los empleados y trabajadores vinculados a las empresas de servicios públicos mixtas ostentan la calidad de servidores públicos, teniendo en cuenta que según el artículo 123 de la Carta Política entran en esta categoría los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Por otro lado, con el fin de determinar si la vinculación como trabajador en una sociedad de economía mixta se puede considerar como cargo público, le informo que la Corte Constitucional, en Sentencia [C-604](#) de fecha 1 de agosto de 2006, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería afirmó lo siguiente con respecto al cargo público en la Carta Política:

“I. El concepto de “cargo público” en la Constitución

La utilización del término *cargo público* ha sido empleado por el Constituyente para significar *in genere*, el ejercicio de funciones públicas.

Así, el artículo 40 de la Carta establece que para hacer efectivo el derecho de ciudadanía se puede:

“(…)

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y reglamentará los casos a los cuales ha de aplicarse”

Por su parte el artículo 99 constitucional señala que: *“La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho al sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción”*

El artículo 110 dispone: *“se prohíbe a quienes desempeñen funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley.*

El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de investidura”

Entre tanto, el canon 272 íbidem, inciso 5º, 6º y 7º, al referirse a las contralorías departamentales, distritales y municipales advierte:

“(…)

...para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de 25 años, acreditar título universitario y las demás que establezca la ley.

No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año, miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden distrital o municipal, salvo la docencia.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus

funciones”

Aún más, ni siquiera el Legislador ha procedido en ese sentido para hacer una precisión normativa respecto del término en estudio. Por ejemplo, el artículo 115 de la ley 489 de 1998 por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, dispone:

“El Gobierno Nacional aprobará las plantas de personal de los organismos y entidades de que trata la presente ley de manera global. En todo caso el director del organismo distribuirá los cargos de acuerdo con la estructura, las necesidades de la organización y sus planes y programas”. (Resaltado fuera de texto).

Se trata, sin duda, el planteamiento de la actora, de una interpretación particular que fuerza a una situación antinómica inexistente con las disposiciones superiores. No puede existir tal contradicción en el sentido de que la palabra “cargo” violente la normatividad superior cuando, el artículo 122 de la Carta establece que: *“Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben”.*

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite, deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas”

Ahora bien, la reforma introducida a la disposición citada por el Acto Legislativo 1º de 2004 artículo 1º que trata de la pérdida de los derechos políticos hace precisa referencia a *cargos de elección popular*, cuando reza: *“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular...”*

Por si fuera poco, tan no es excluyente la función del concejal con la de quien ocupa un cargo público, que el artículo 263 de la Constitución –y que fuere modificado por el artículo 12 del Acto Legislativo 1 de 2003–, señala: *“Para todos los procesos de elección popular, los partidos y movimientos políticos presentarán listas y candidatos únicos, cuyo número de integrantes no podrá exceder el de curules o cargos por proveer en la respectiva elección”.* (Resaltado fuera de texto).

De lo anterior se desprende, que si bien es cierto la Constitución no ha definido el concepto de *cargo público*, de una interpretación sistemática de ella se puede leer que el concepto de *cargo público* hace referencia al deber, compromiso u obligación de un *servidor público* para ejercer las funciones encomendadas, provengan estas fruto de una elección popular, como resultado de un nombramiento, como resultado de una vinculación como trabajador oficial, como consecuencia de la carrera administrativa, fruto de un periodo fijo, como resultado de un encargo provisional, como consecuencia de un trabajo temporal, entre otras.

En síntesis, las personas que se encuentran al servicio del Estado y ejercen funciones públicas tienen el carácter de *servidores públicos* y por ende sobre ellas pesa una obligación, deber, cargo o compromiso de cumplir las funciones encomendadas. Estas cargas u obligaciones, como lo manifestó el Ministerio Público, pueden devenir de una *elección popular*, *de elección para corporaciones públicas*, *de libre nombramiento y remoción*, *de carrera administrativa*, *de carrera de docentes*, *de relación laboral contractual*, *de autoridad de las comunidades indígenas* y otras *creadas por la ley*”.

De acuerdo con la Corte Constitucional si bien es cierto la Constitución no ha definido qué es cargo público, de una interpretación sistemática de la misma puede inferirse que el concepto de cargo público hace referencia al deber, compromiso u obligación de un servidor público para ejercer las funciones encomendadas.

En ese sentido, y teniendo en cuenta que el trabajador de una sociedad de economía mixta es considerado servidor público, en criterio de esta Dirección Jurídica, el trabajador de una sociedad de economía mixta ejerce cargo público.

De acuerdo con lo expuesto y atendiendo puntualmente su pregunta, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que el concejal no podrá aceptar cargo alguno en una entidad de la administración pública como es el caso de una sociedad de economía mixta.

2.- En atención al segundo interrogante de su consulta, referente a establecer si se encuentra inhabilitado para postularse al cargo de alcalde el representante legal de una empresa que actúa como autorretenedor del IVA y Retención en la Fuente a favor de la DIAN, me permito indicarle:

Las inhabilidades para ser elegido en el cargo de alcalde se encuentran determinadas en la Ley 617 de 200 de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 37.- Inhabilidades para ser alcalde. El Artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

"ARTÍCULO 95.- Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio..."

De acuerdo con la norma, se encuentra inhabilitado para ser elegido en el cargo de alcalde quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

En ese sentido, se indica que si el aspirante al cargo de alcalde durante el año anterior a las elecciones locales ejerció como representante legal de una empresa que administra tributos, tasas o contribuciones, se encuentra inhabilitado para ser elegido en el cargo de alcalde.

3.- El tercer interrogante de su consulta fue desarrollado en el numeral primero del presente concepto, en consecuencia, no se considera procedente realizar nuevos análisis frente al particular.

Para mayor información respecto de las inhabilidades e incompatibilidades aplicables en el sector público, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema objeto de su consulta, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Director Jurídico (E)

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

² Sentencia proferida dentro del Expediente N°: [11001-03-15-000-2010-00990-00\(PI\)](#) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

Harold Herreño/ Monica Herrera/GCJ-601

600.4.8

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 08:42:36