



Función Pública

Concepto 067261 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000067261

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000067261

Fecha: 25/02/2021 12:02:35 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Congresista. Servidores públicos o contratistas para ser congresistas. RADS.: 20212060070912 y 20212060087442 del 10 y 18 de febrero de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual formula varias inquietudes en relación con las inhabilidades para ser elegido congresista, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

El Artículo 179 de la Constitución Política establece respecto de las inhabilidades para ser Congresista:

“ARTICULO 179. No podrán ser congresistas:

- 1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.*
- 2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.*
- 3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.*
- 4. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.*
- 5. Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o*

único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.

7. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.

8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este Artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5."

De acuerdo con la anterior disposición constitucional, no podrá ser elegido Congresista quien hubiere ejercido, como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección. Esta inhabilidad se refiere a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección, considerándose que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia con número de raditaciones: 130012331000200700803 01 y 130012331000200700804 (acumulados) del 6 de febrero de 2009, Consejero ponente: Mauricio Torres Cuervo, precisó el concepto de autoridad civil y administrativa, así:

"Para precisar los conceptos de autoridad civil y administrativa la Sala transcribirá apartes de la sentencia de 6 de abril de 2006, exp. 3765 en la que se estudió el alcance de dichos conceptos en la causal de inhabilidad que ocupa su atención partiendo del análisis de la Ley 136 de 1994:

"ARTÍCULO 188 *ibidem*:

"Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.

2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.

3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.

Y sobre la dirección administrativa el Artículo 190 *ibidem* establece:

"Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.

Para señalar quienes ejercen autoridad...civil y dirección administrativa las normas anteriores apelan a los siguientes criterios: i). La indicación de los servidores concretos que las ejercen; ii) La indicación de clases o tipos de servidores que las ejercen; iii). Las funciones concretas a cargo de los servidores anteriores; iv). La designación de tipos de funciones.

Los criterios expuestos no permiten un entendimiento fácil del sentido de las disposiciones transcritas y exigen una interpretación que permita entenderlas como normas internamente consistentes y coherentes con el resto del ordenamiento.

En ese orden, esta Corporación ha definido la autoridad política como la que atañe al manejo del Estado⁷ que a nivel nacional es ejercida por el Presidente de la República, los Ministros y los Directores de los Departamentos Administrativos que integran el Gobierno. También ejerce autoridad política el Congreso de la República.

La autoridad civil, a su vez, ha sido entendida como aquella que, en principio, no implica el ejercicio de autoridad militar y que, en determinados casos, puede concurrir con otras modalidades de autoridad, como la política y la administrativa⁸.

La autoridad civil, ha sostenido la jurisprudencia de la Sala, "consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que se ejerce sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas, por lo tanto, la determinación en cada caso concreto de si un servidor público ejerce o no autoridad civil, debe partir del análisis del contenido funcional que tenga su cargo y así se podrá establecer el tipo de poderes que ejerce y las sujeciones a las cuales quedan sometidos los particulares. Si dichas potestades revisten una naturaleza tal que su ejercicio permita tener influencia en el electorado, las mismas configuran la "autoridad civil" que reclama la Constitución para la estructuración de la causal de inhabilidad de que se trata".⁹

La Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación sostuvo también que la autoridad administrativa corresponde a los poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad, inherentes al ejercicio de empleos públicos, sea que éstos correspondan a la administración nacional, departamental o municipal, los órganos electorales o de control.¹⁰

La autoridad administrativa es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal o de los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad.¹¹

Se ha precisado igualmente, en la jurisprudencia de la Sección y de la Sala Plena, que quien ejerce funciones de dirección administrativa, definida en el Artículo 190 de la Ley 136 de 1994, está investido de autoridad administrativa, sin perjuicio de reconocer que éste último concepto es mas amplio porque comprende funciones no incluidas en las indicadas a título enunciativo en la norma citada.¹²

Y que la enunciación de cargos y funciones prevista en el Artículo 190 de la Ley 136 de 1994 no agota la lista de los que implican el ejercicio de

autoridad administrativa, por lo que, para determinar si su ejercicio está acreditado en el proceso el fallador deberá recurrir a un análisis concreto de la ubicación del cargo en la estructura administrativa, de la naturaleza de las funciones atribuidas y del grado de autonomía del funcionario de que se trate en la toma de decisiones.¹³

Las definiciones anteriores, elaboradas por la jurisprudencia de la Corporación, tienen la particularidad de que utilizan expresiones genéricas para referirse a quienes ejercen las formas de autoridad señaladas, tales como "funcionarios", "servidores" "quienes desempeñan cargos". Estas definiciones atienden a un criterio material, relacionado con la clase de funciones que ejercen tales servidores, los medios de que pueden valerse para imponerlas a sus subalternos o a la sociedad y el grado de autonomía que tienen conferido para su ejercicio, más que a criterios formales tales como la denominación del cargo o la clasificación legal de los servidores.

De los fallos y conceptos de esta Corporación puede concluirse: 1) que los conceptos de autoridad civil y administrativa conservan como notas distintivas, por una parte, el poder de mando y la autonomía decisoria de los funcionarios previstos en ley o reglamento y, por otra, la correlativa sujeción y obediencia de quienes están sujetos a su autoridad. 2) de acuerdo con los Artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994 ejercen autoridad civil y administrativa los cargos que allí se mencionan y constituyen actos típicos de autoridad los que allí se enuncian; 3) además de los señalados en los Artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994 ejercen autoridad civil y administrativa aquellos cargos respecto de los cuales pueda predicarse, luego de un análisis desde el punto de vista orgánico y funcional, que tienen poder de mando y de disposición sobre los ciudadanos, sobre el personal que sirve a la administración o sobre los bienes que le son confiados para satisfacer los servicios a cargo del Estado; poder que, se insiste, obliga a los ciudadanos o a los funcionarios públicos." (Destacado nuestro)

De conformidad con lo señalado en la jurisprudencia precitada, según los Artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994, el ejercicio de autoridad está ligado a dos aspectos; el primero, se deriva del hecho de ocupar un cargo con autoridad política, como por ejemplo, los de Presidente de la República, Ministros y Directores de Departamentos Administrativos que integran el Gobierno, Contralor General de la Nación, el Defensor del Pueblo, Miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil, esto en el nivel nacional.

El otro aspecto que permite establecer que un servidor público ejerce autoridad conforme lo señala la Ley 136 de 1994 en la respectiva circunscripción, se obtiene del análisis del contenido funcional del empleo ejercido para determinar si el mismo implica poderes decisorios, es decir, que estos impliquen atribuciones de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad.

Así las cosas, se deberá tener en cuenta si tiene la facultad de celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias en el respectivo municipio.

Con base en las consideraciones que anteceden, en respuesta a su primer interrogante, esta Dirección Jurídica infiere que quien ejerce como empleado público con autoridad política, civil, administrativa o militar, estará inhabilitado para aspirar a la Cámara de Representantes en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección si no renuncia a su dentro de los doce meses que anteceden a la fecha de elección, en los términos de lo dispuesto en el numeral 2 del Artículo 179 de la Constitución Política. Por el contrario, si el servidor no ejerce como empleado con autoridad política, civil, administrativa o militar, podrá permanecer en el ejercicio del cargo hasta un día antes de inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular, teniendo en cuenta que como servidor público no puede participar en política.

Se recuerda que el servidor público que decide participar en política sin separarse previamente de su cargo, incurriría en violación del régimen de inhabilidades establecido en el Artículo 127 de la Constitución Política, que prescribe:

"(...) A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el Artículo 219 de la Constitución.

Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.”

La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta. (...)

En relación con sus consultas acerca de la inhabilidad para ser congresista por ser o haber sido contratista (Preguntas 2 a 7 de su petición), se tiene que el numeral 3 del Artículo 179 de la Constitución Política establece que no podrá ser elegido Congresista quien haya intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o haya sido representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección. Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. También se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5.

Por su parte, la Ley 5 de 1992, por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes, preceptuó frente al tema de inhabilidades para ser elegido Congresista:

“ARTÍCULO 280. CASOS DE INHABILIDAD. No podrán ser elegidos Congresistas:

(...)

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones para fiscales, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección.

(...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5, y 6, se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este Artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5.” (Subrayado nuestro)

El Consejo de Estado, mediante sentencia con número de radicación 0601-0606 de septiembre 4 de 1992, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, respecto a las inhabilidades para ser congresista por contratación con entidades públicas, expresó:

“Del tenor literal de la disposición constitucional se deduce que no podrán ser congresistas quienes dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección hayan incurrido en una cualquiera de las siguientes conductas:

a) Intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas.

b) Intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros.

c) Haber sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales.”

“Como párrafos atrás de indicó, para que se dé la inhabilidad descrita en el numeral 3 del Artículo 179 de la Constitución Nacional, es necesario

que la gestión de negocios o la celebración de contratos en interés propio o en el de terceros tenga lugar ante entidades públicas "...dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección", siempre y cuando la gestión y la celebración de contratos..." tenga lugar en la circunscripción en la cual debe efectuarse la respectiva elección". (Subrayado nuestro)

Por otra parte, respecto a la diferencia entre la celebración y suscripción de contratos, el Consejo de Estado en Sentencia del 31 de agosto de 2006, radicado 4033, Magistrado Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, señaló:

"En la sentencia de 3 de febrero de 2006, expediente 3867, esta Sección efectuó las siguientes precisiones acerca del sentido y alcance de la causal de inhabilidad que ocupa la atención de la Sala:

"...esta Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa.

...De otra parte, ha establecido que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución¹. Igual consideración expresó respecto de la intervención en la gestión de negocios".

En la sentencia [C- 618](#) de 27 de noviembre de 1997 la Corte Constitucional señaló que dicha inhabilidad perseguía las siguientes finalidades constitucionales:

"evitar una confusión entre intereses públicos y privados. En efecto, quien ha intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración, en principio defiende los intereses particulares frente a los intereses del Estado, mientras que el alcalde tiene exactamente la función contraria, pues su función es la preservación de los intereses del municipio, por lo cual le corresponde incluso ejercer un control sobre los propios contratistas. Por ello, y como bien lo señalan los intervinientes, resulta razonable evitar que llegue a ser jefe de la administración local quien, como particular, ha participado en una contratación que interesa al municipio, sin que medie un plazo prudente que garantice la no incidencia del funcionario en las medidas, recursos y evaluaciones que se encuentran en cabeza de la administración.

De otro lado, la inhabilidad también puede cumplir otra finalidad constitucionalmente relevante, pues obstaculiza el aprovechamiento de recursos públicos para desfigurar los procesos electorales. En efecto, un contratista, por el hecho de adelantar obras de "utilidad para la comunidad, puede llegar a ejercer una cierta influencia local, que podría aprovechar en los procesos electorales municipales, con lo cual se viola la igualdad en este campo y se altera la propia dinámica de la participación política.

La Sección, por su parte, sostuvo en varias ocasiones que la inhabilidad solo podía predicarse frente a quienes intervienen en la celebración de contratos en interés particular (propio o de un tercero) y no frente a quienes celebraran contratos en su calidad de funcionarios públicos y en nombre de entidades públicas, pues en tal caso actúan como representantes del interés general y en cumplimiento de un deber legal.²." (Subrayado nuestro)

De acuerdo con el anterior pronunciamiento, lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución. En consecuencia, puede inferirse que la fecha a tener en cuenta para que se configure la causal de inhabilidad relacionada con la celebración de contratos es el momento de su suscripción.

De conformidad con la norma y jurisprudencia citada, no podrán ser Congresistas quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, en la circunscripción en la cual debe efectuarse la respectiva elección, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección, entendiendo por celebración el nacimiento del contrato, sin que interese que tiempo se tarde en su ejecución, con el fin de no incurrir en la inhabilidad señalada en el numeral 3 del Artículo 179 de la Constitución Política.

Con base en los lineamientos normativos y jurisprudenciales que anteceden, damos respuesta a sus inquietudes de manera puntual, de acuerdo con la numeración relacionada en su escrito, así:

2. Quien aspire a ser congresista no podrá intervenir en gestión de negocios ante entidades públicas o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, en la circunscripción en la cual debe efectuarse la respectiva elección, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

3, 4 y 5. La fecha a tener en cuenta para la configuración de la inhabilidad para ser congresista es la de la suscripción o celebración del contrato, sin que interese que tiempo se tarde en su ejecución. Por tanto, se reitera que ésta debe producirse antes de los seis meses que preceden a la elección.

6. De acuerdo con lo previsto en el Artículo 179 Constitucional, la inhabilidad prevista en el numeral 3, se refiere a una situación que tenga lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. Por consiguiente, si el aspirante suscribió un contrato con una determinada entidad territorial y pretende aspirar a ser Representante a la Cámara por otra, no estará incurso en la prohibición señalada.

7. Quien sea representante legal de una empresa que contrate con el Estado estará inhabilitado para aspirar a ser Senador si celebró un contrato con una entidad pública dentro de los seis meses que preceden la respectiva elección. Si su aspiración es a la Cámara de representantes, deberá evaluar si el contrato fue celebrado en la circunscripción electoral en la cual pretende presentar su candidatura, como se señaló en la respuesta a su anterior interrogante, caso en el cual también estará inhabilitado.

Para dar respuesta a sus preguntas 8, 9, 10, 11 y 12, se tiene que los Artículos 123 y 312 de la Constitución Política de Colombia señalan:

“ARTICULO 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.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (...).”

“ARTICULO 299. <Artículo modificado por el Artículo 3 del Acto Legislativo 1 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> En cada departamento habrá una corporación político-administrativa de elección popular que se denominará asamblea departamental, la cual estará integrada por no menos de 11 miembros ni más de 31. Dicha corporación gozará de autonomía administrativa y presupuesto propio, y podrá ejercer control político sobre la administración departamental.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda. El período de los diputados será de cuatro años y tendrá la calidad de servidores públicos. (...).”

“ARTICULO 312. <Artículo modificado por el Artículo 5 del Acto Legislativo 1 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> En cada municipio habrá una corporación político-administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva. Esta corporación podrá ejercer control político sobre la administración municipal.

La ley determinará las calidades, inhabilidades, e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos.

La ley podrá determinar los casos en que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones.

Su aceptación de cualquier empleo público constituye falta absoluta". (Subrayado nuestro)

De acuerdo con los anteriores preceptos constitucionales, los diputados y los concejales son servidores públicos como miembros de una corporación pública pero no tienen la calidad de empleados públicos.

Ahora bien, según lo disponen los numerales 2 y 8 del Artículo 179 de la Carta Política, no podrá ser Congresista quien hubiere ejercido, como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección. Adicionalmente se consagró que nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para una Corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

De otra parte, la Ley 5 de 1992, estableció:

"ARTICULO 280. Casos de inhabilidad. No podrán ser elegidos Congresistas:

(...)

2. Quienes hayan ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.

(...)

8. Quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden con el tiempo, así sea parcialmente. Salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente. (...)

Por otro lado, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia con Radicación número: [11001-03-28-000-2006-00026-00](#)(3960-3966) del 9 de agosto de 2007, Magistrada Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, señaló:

"Para el demandante el acto de elección del Dr. FABIO RAUL AMIN SALEME como Representante a la Cámara por el departamento de Córdoba, período constitucional 2006-2010, debe anularse porque dentro del año anterior a su elección fungió como Diputado de la Asamblea del mismo departamento, cargo desde el cual ejerció autoridad política y dirección administrativa. Sin que sea necesario valorar el material probatorio recaudado dentro del informativo, encuentra la Sala razones jurídicas suficientes para desestimar la prosperidad de la imputación, en atención a que la hipótesis formulada por el accionante no encuadra en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2 del Artículo 179 Constitucional que expresa:

(...)

En el Artículo 123 de la Constitución, que hace parte del Capítulo II De la Función Pública, incorporado a su vez al Título V De la Organización del Estado, se recoge bajo la expresión Servidores Públicos las distintas formas en que las personas naturales pueden vincularse a la administración pública en general a prestar sus servicios personales, pudiendo ser como "miembros de las corporaciones públicas, [y como] empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios". El constituyente distinguió así, entre los miembros de las corporaciones públicas y los empleados públicos, como así aparece ratificado en el Artículo 125 superior al decir que "Los 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”.

Se verifica con lo anterior que las categorías empleado público y miembros de corporaciones públicas no pueden confundirse bajo una misma acepción, debido precisamente a su forma de vinculación con el Estado. Según lo dispuesto en el Artículo 260 Constitucional “Los ciudadanos eligen en forma directa..., Senadores, representantes,..., Diputados,..., Concejales municipales y distritales, miembros de las juntas administradoras locales, y en su oportunidad, los miembros de la Asamblea Constituyente...”, es decir que a través de la votación popular las personas naturales pueden acceder a las corporaciones públicas, y aunque igualmente deben tomar posesión del cargo, lo característico de esas dignidades es que sólo en las urnas se puede ganar el derecho a formar parte de las mismas.

Por el contrario, los empleados públicos se caracterizan porque su forma de vinculación con la administración pública en general es bien distinta, pues se trata una relación legal y reglamentaria, precedida de un acto de nombramiento y perfeccionada a través de la posesión del respectivo funcionario. Esto aparece así definido en el Artículo 1 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969 “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”, expedido por el Presidente de la República, donde se prescribe:

“ARTÍCULO 1º.- Empleados Oficiales. Definiciones:

1. Se denominan genéricamente empleados oficiales las personas naturales que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, definidos en los Artículos 5o., 6o. y 8o. del Decreto Legislativo 1050 de 1968.

2. Los empleados oficiales pueden estar vinculados a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria o por un contrato de trabajo.

3. En todos los casos en que el empleado oficial se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina empleado público. En caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral” (Negrillas de la Sala)

En este orden de ideas es claro que la causal de inhabilidad del numeral 2 del Artículo 179 de la Constitución Política no puede configurarse respecto del Dr. FABIO RAUL AMIN SALEME, por haberse desempeñado dentro del año anterior a su elección como Diputado de la Asamblea del Departamento de Córdoba, pues al romper se advierte que la causal no podría cristalizarse al carecer los miembros de las corporaciones públicas, entre ellos los Diputados, de la calidad de empleados públicos, como así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Plena de esta corporación:

“Ahora bien, según el Artículo 123 de la Constitución los servidores públicos son de varias clases, a saber: (i) miembros de corporaciones públicas, (ii) empleados y (iii) trabajadores.

Son corporaciones públicas el Senado, la Cámara de Representantes, las asambleas departamentales, los concejos distritales o municipales y las juntas administradoras locales, y, entonces, son miembros de corporaciones públicas los senadores, representantes, diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales o ediles, como resulta de lo establecido en los Artículos 114, 148, 171, 176, 260, 261, 291, 292, 299, 312, 318, 323 y 324 de la Constitución.

Son empleados públicos los vinculados a entidades públicas mediante una relación legal y reglamentaria, que quedan así sometidos a un régimen previamente establecido; la Constitución, la ley o los reglamentos señalan qué cargos han de ser desempeñados por empleados públicos; son trabajadores oficiales los vinculados a las mismas entidades por una relación contractual laboral, y unos y otros son, genéricamente, empleados oficiales, conforme a los Artículos 2.º del decreto 2.400 de 1.968 -según fue modificado por el Artículo 1.º del decreto 3.074 del mismo año- y 2.º y 3º del decreto 1.950 de 1.973; 5.º del decreto 3.135 de 1.968 y 1.º a 6.º del decreto 1.848 de 1.969; 2.º del decreto 1.042 de 1.978; 233 del decreto 1.222 de 1.986, y 292 y 293 del decreto 1.333 de 1.986, entre otras muchas disposiciones”³

Con respecto a la calidad del Concejal, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia de fecha 13 de mayo de 2005, expediente No. 3588, Magistrado Ponente: Darío Quiñones Pinilla, señala:

“En efecto, el Artículo 123 de la Carta Política adopta la denominación genérica de servidores públicos para referirse a las personas que prestan sus servicios al Estado. Según esa norma, los servidores públicos comprenden las siguientes categorías: la de los miembros de las corporaciones públicas, la de los empleados públicos y la de los trabajadores oficiales.

Quiere decir lo anterior que el concepto de servidores públicos es genérico y está integrado por las especies ya señaladas.

De manera que el Concejal, según el Artículo 123 de la Carta, es un servidor público de la especie miembro de corporación pública, pues, además, expresamente el Artículo 312 ibídem señala que no tiene la calidad de empleado público, lo cual está en armonía con lo ya dicho, dado que los empleados públicos son otra especie del género servidores públicos.

En ese orden de ideas, una correcta interpretación de la inhabilidad para ser Alcalde cuando ha desempeñado el cargo de Concejal debe armonizarse con el Artículo 312 constitucional, que define la naturaleza jurídica del cargo de Concejal, excluyéndoles la calidad de empleados públicos a los Concejales.

En consecuencia, los Concejales son servidores de elección popular directa que no tienen la calidad de empleados públicos. Por lo tanto, la causal de inelegibilidad de los Alcaldes que consagra el del numeral 2° del Artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el Artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no se refiere a los Concejales sino a los servidores que son empleados públicos.” (Subrayado nuestro)

A su vez, la misma Corporación, en Sentencia del 3 de marzo de 2005, Radicación número: 05001-23-31-000-2003-04263-02(3502), Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón, respecto a la inhabilidad del Presidente del Concejo para ser Alcalde, expresó:

“En su demanda el ciudadano Héctor Jairo Rodríguez Vera solicita la nulidad del acto declarativo de elección de Fredy Osvaldo Cardona Piedrahita, como alcalde popular del municipio de Jericó, pues considera que el mismo se hallaba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2 del Artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000 Artículo 37, puesto que dentro de los doce meses anteriores a su elección actuó como presidente del Concejo Municipal de Jericó, ejerciendo así autoridad administrativa. La configuración de la causal de inhabilidad que se viene examinando no se agota en el simple ejercicio de autoridad política, civil o administrativa, pues para que ello se produzca es menester que quien haya podido ejercer cualquiera de tales autoridades, lo haga revestido de una calidad especial, desde su posición como empleado público. Se trata, entonces, de un ingrediente normativo que condiciona la materialización de la inhabilidad a la preexistencia, en el candidato electo, de una calidad como es la de empleado público. En el mismo orden de ideas, es dable afirmar que aunque los empleados públicos y los miembros de las corporaciones públicas se identifican como servidores públicos, unos y otros registran diferencias sustanciales. Los empleados públicos, identificados por el Artículo 122 de la Constitución Nacional, presentan como peculiaridad estar vinculados con la administración a través de una relación legal y reglamentaria, a la cual acceden previa expedición de acto administrativo de nombramiento, seguido de la posesión juramentada; por el contrario, los miembros de las corporaciones públicas se caracterizan porque su arribo a ellas no obedece a la expedición de un acto administrativo producto de la voluntad unilateral de la administración, sino a un acto administrativo que recoge la voluntad de las mayorías ciudadanas expresadas en las urnas. Por último, y para despejar cualquier duda sobre el particular, el mismo constituyente prescribió que “los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos”. Así, y en virtud a que la configuración de la causal de inhabilidad invocada reclama que el accionado haya ejercido autoridad civil, política o administrativa, como empleado público, y en atención a que los concejales, como miembros de corporaciones públicas que son, no ostentan esa calidad, resulta innegable que el cargo de invalidez por supuesta vulneración del régimen de inhabilidades es infundado, razón suficiente para confirmar, en esta parte, el fallo impugnado.” (Subrayado nuestro)

Según el pronunciamiento del Consejo de Estado, el concejal no es titular de autoridad civil, política y dirección administrativa y tampoco está investido de ellas el Presidente del cabildo, por cuanto las funciones administrativas que desempeña en razón de esa dignidad, las ejerce a título de concejal y porque de no ser así se presentaría distinta situación inhabilitante para los concejales directivos del cabildo y los restantes miembros de esa Corporación.

Así las cosas, puede inferirse que los diputados y los concejales son servidores públicos en calidad de miembros de la Corporación Pública, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 123, 299 y 312 de la Constitución Política; esto es, no ostentan la calidad de empleados públicos. Por esta razón, en criterio de esta Dirección se considera que éstos no se encuentran incurso en la causal de inhabilidad señalada en el numeral 2 del Artículo 179 de la Constitución Política, por cuanto, se reitera, no tienen la calidad de empleados públicos.

Finalmente, frente a la inhabilidad prevista en el Numeral 8 del Artículo 179 de la Constitución Política, por parte de los diputados y concejales que aspiran ser elegidos Congresistas, en la citada sentencia con Radicación numero: 11001-03-28-000-2006-00026-00(3960-3966) del 9 de agosto de 2007, Consejera ponente: María Nohemi Hernández Pinzón, se señaló sobre el particular:

“De la coincidencia de Períodos:

En esta parte la nulidad de la elección del Representante a la Cámara por el departamento de Córdoba, Dr. FABIO RAUL AMIN SALEME, la hace depender el demandante de la supuesta configuración de la causal 8ª del Artículo 179 Constitucional, porque se registró coincidencia de períodos entre su elección como Diputado de la Asamblea de Córdoba (2004-2007) y su elección como Congresista (2006-2010). Los dos cargos arriba mencionados se ocupan, el primero, de destacar la violación del principio de la igualdad (Art. 13 C.N.), porque su condición de Diputado le confiere cierta ventaja frente a sus electores, motivo por el que debe excluirse la votación obtenida por el candidato, tanto a él como al partido político que lo avaló; y el segundo, de demostrar que se computaron votos a favor de un candidato inhabilitado, que no reunía las calidades constitucionales y legales para acceder al cargo. El último de los cargos se estudiará a condición de que resulte demostrado que el demandado fue elegido estando incurso en la causal de inhabilidad del numeral 8 del Artículo 179 de la Constitución, que expresa:

“ARTÍCULO 179.- No podrán ser congresistas: (...)

8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente. (...)

Esta norma fue objeto de reforma constitucional a través del Artículo 10 del Acto Legislativo 01 de 2003, por medio del cual se le adicionó a su contenido literal la expresión “La renuncia a alguno de ellos no elimina la inhabilidad”, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-332 del 4 de abril de 2004, con ponencia del Magistrado Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, tras haber establecido algunas irregularidades en la tramitación del proyecto de acto legislativo. Sin embargo, en el numeral 8º del Artículo 280 de la Ley 51 de 1992 “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”, se consagró a manera de excepción:

“ARTÍCULO 280 .- Casos de inhabilidad. No podrán ser elegidos Congresistas: (...)

8. Quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden con el tiempo, así sea parcialmente. Salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente” (Negrillas de la Sala)

La salvedad anterior fue objeto de demanda por acción pública de inconstitucionalidad, bajo el argumento de haberse consagrado una excepción no prevista por el constituyente, la cual fue decidida mediante sentencia C-093 del 4 de marzo de 1994 con ponencia del Magistrado Dr. Hernando Herrera Vergara, hallando executable la excepción bajo consideraciones que en parte dicen:

“Lo anterior indica que si se configuró una falta absoluta en presencia de la renuncia formalmente aceptada a un concejal o diputado, antes de la inscripción como candidato al Congreso, no rige para ellos la prohibición consagrada en el Artículo 179, numeral 8º, toda vez que su período para esas corporaciones se extinguió en virtud de su dimisión formal, de manera que este solamente rige hasta su culminación para la persona que lo haya reemplazado como candidato no elegido en la misma lista en orden sucesivo y descendente, sin que sea posible pretender que se siga considerando al dimitente como servidor público que en virtud de lo anterior ya no ostenta dicha calidad y por consiguiente no se encuentra

inhabilitado en los términos indicados, para ser elegido congresista”

Es decir, en acatamiento de la fuerza obligatoria que tienen los fallos de constitucionalidad de la Corte Constitucional (Ley 270 de 1996 art. 48), es deber de la Sala juzgar la situación planteada tomando como parámetro normativo no solo el numeral 8 del Artículo 179 superior, sino igualmente lo previsto en el numeral 8 del Artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, especialmente la excepción que se ha mencionado y que prescribe la inexistencia de la citada inhabilidad ante la renuncia oportuna del aspirante a Congresista.

Retornando al material probatorio recabado se encuentra que efectivamente el Dr. FABIO RAUL AMIN SALEME fue elegido Diputado a la Asamblea Departamental de Córdoba para el período 2004-2007 y que también lo fue para el Cargo de Representante a la Cámara por la misma circunscripción territorial y para el período 2006-2010. Empero, también se probó que al mismo el Gobernador del departamento de Córdoba, mediante Decreto 24 de enero 26 de 2006, le aceptó su renuncia al cargo de integrante de la Duma de esa entidad territorial. Significa lo anterior, que la situación del accionado se enmarca dentro de la excepción prevista en el numeral 8 del Artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, puesto que antes del certamen electoral del 12 de marzo de 2006, convocado para elegir a los miembros del Congreso de la República, formalizó su dimisión al cargo de Diputado de la Asamblea de Córdoba, evento que por sí solo resulta suficiente para impedir la configuración de la causal de inhabilidad en estudio.”

De acuerdo con el anterior concepto, no incurriría en inhabilidad el miembro de corporación de elección popular que aspira a ser elegido para otra corporación pública si éste presenta renuncia y le es debidamente aceptada antes de la fecha de elección para el nuevo cargo o corporación pública a que se aspire, así los períodos establecidos por la Constitución y la Ley coincidan parcialmente.

En tal sentido, para el Consejo de Estado, la inhabilidad se configura si la persona es elegida para más de una corporación o cargo público o para una corporación y un cargo si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así fuere parcialmente, pero dicha inhabilidad se elimina si el elegido para una corporación o cargo público presenta renuncia antes de aspirar al otro cargo o corporación para el que también hubiere resultado elegido.

Así las cosas, se deduce que los diputados y concejales que aspiren a ser elegidos Congresistas, no incurrirían en inhabilidad si presentan renuncia y ésta les es aceptada antes de la fecha de la elección para el nuevo cargo.

Finalmente, frente a la viabilidad de que quienes fueron electos diputados o concejales aspiren a ser elegidos Congresistas por un partido político o por un grupo significativo de ciudadanos distinto, se precisa que de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo señalado en el Decreto 2893 de 2011, la entidad competente para pronunciarse respecto su consulta es el Ministerio del Interior. En consecuencia, su solicitud ha sido remitida a la entidad mencionada, para que en cumplimiento de sus funciones dé respuesta a su petición.

Así mismo se hará respecto de los interrogantes 13, 14 y 15, referidos a la aspiración de un congresista en ejercicio para ser elegido por un partido político o por un grupo significativo de ciudadanos distinto.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, 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,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 58 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras.
2. Sentencias 2143 de 11 de febrero de 1999 y de 24 de agosto de 2001, radicación 2583, proferidas por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado.
3. *Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de Julio 2 de 2002. Acción de Pérdida de Inestidura radicada bajo el No. 11001-03-15-000-2002-0001-01 (PI-037). Actor: Pablo Bustos Sánchez y otro. Demandado: Omar de Jesús Tirado Espinosa. C.P. Dr. Mario Alario Méndez.*

Fecha y hora de creación: 2025-01-05 22:36:55