



Concepto 128611 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000128611

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000128611

Fecha: 13/04/2021 06:09:07 p .m.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Congresista. Concejal en ejercicio para postularse como candidato a la Cámara de Representantes. RAD.: 20212060159972 del 25 de marzo de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, remitida por el Consejo Nacional Electoral mediante oficio No. CNE-AJ-2021-0302, en la cual con cuanto tiempo de anticipación debe renunciar un concejal para aspirar a la Cámara de Representantes en las elecciones de 2022, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

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 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 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 concejales son servidores públicos como miembros de una corporación pública pero no tienen la calidad de empleados públicos.

Con respecto a las inhabilidades para ser Congresista, el artículo 179 de la Carta Política señala:

"ARTÍCULO 179.- No podrán ser congresistas:

(...)

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.

(...)

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."

En consecuencia, 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. (...)"

De otro lado, 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 2º 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 v 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 concejales municipales son servidores públicos en calidad de miembros de la Corporación Pública, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 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 los Concejales 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.

Frente a la inhabilidad prevista en el Numeral 8 del Artículo 179 de la Constitución Política, por parte del Concejal que aspira ser elegido Congresista, el Consejo Nacional Electoral mediante concepto con radicado No. 1668 del 9 de agosto de 2005 se pronunció en los siguientes términos:

"Así las cosas, noción importante para la correcta interpretación de esta inhabilidad es la de "período ", para lo cual se trae a colación lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia C-093 de 1994, M.P. Doctores JOSE GREGORIO HERNANDEZ Y HERNANDO HERRERA VERGARA.

"un período puede concebirse, en términos abstractos, como el lapso que la Constitución y la Ley contemplan para el desempeño de cierta función pública, pero tal concepto no puede ser tenido en cuenta para efectos de inhabilidades sino cuando en realidad el individuo específicamente desarrolla dentro del tiempo respectivo, las actividades propias de la función. Vale decir al respecto, que los períodos no tienen entidad jurídica propia y autónoma sino que dependen del acto condición en cuya virtud alguien entre en ejercicio de funciones. Se convierten entonces en límites temporales de éstas."

Del anterior pronunciamiento jurisprudencial, se puede concluir salvo excepción constitucional o legal, que no incurre en inhabilidad el funcionario o miembro de corporación de elección popular, cuya renuncia haya sido 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, por cuanto en realidad tales períodos no son coincidentes.

Esta interpretación estaría además acorde con el planteamiento normativo del artículo 280 del Reglamento Interno del Congreso, que se repite, estatuye que la coincidencia de períodos se enerva con la renuncia antes de la elección, a la dignidad que se ostente previamente. "(Subrayado nuestro)

De acuerdo con el anterior concepto no incurriría en inhabilidad un concejal que aspira a ser elegido Senador de la República o Representante a la Cámara, si éste presenta renuncia y le es aceptada antes de la fecha de la elección para el nuevo cargo.

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 <https://www.funcionpublica.gov.co/web/eva/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

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:49:58