



Concepto 306021 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000306021

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000306021

Fecha: 19/08/2021 03:29:25 p.m.

Bogotá

Ref: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidades para aspirar al Congreso de la República, inhabilidades parientes Congresistas para contratar con el Estado. Alcance inhabilidad contenida en el parágrafo 1 del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, nivel jerárquico de los congresistas. Radicado 20219000547992 del 28 de julio de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual realiza varias consultas relacionadas con las inhabilidades para aspirar al Congreso de la República, así como inhabilidades relacionadas con los parientes de los congresistas, me permito informarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que la inhabilidad es la incapacidad, ineptitud o circunstancia que impide a una persona ser elegida o designada en un cargo público y, en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio. Dado el carácter prohibitivo de las inhabilidades, éstas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política.

Ahora bien, las inhabilidades para aspirar a ser elegido Congresista, están previstas en la Constitución Política, que en su Artículo 179 dispone:

"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." (Subrayado por fuera del texto original).

Por su parte, la Ley 5 de 1992 "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes", señala lo siguiente:

"ARTICULO 280. Casos de inhabilidad. No podrán ser elegidos 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 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.
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.
4. Quienes hayan perdido la investidura de Congresista.
5. Quienes tengan vínculo 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 de nacimiento.

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.

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 por fuera del texto original).

Frente a la calidad de los Congresistas tenemos que el Artículo 123 de la Constitución Política señala:

“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.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.”

De tal manera que los Congresistas tienen la calidad de servidores públicos en tanto son miembros de una Corporación pública y en este sentido no tienen la calidad funcionario o empleados públicos.

En este sentido el Consejo de Estado, Sección Quinta, mediante sentencia del 10 de mayo de 2007, Expediente N° 730012331000200600419-01, Consejera Ponente Dra. María Nohemí Hernández Pinzón puntualizó:

“En el Artículo 260 de la Constitución aparecen claramente mencionados las autoridades que son elegidas por voto directo del pueblo, siendo ellos el “Presidente y Vicepresidente de la República, senadores, representantes, gobernadores, diputados, alcaldes, concejales municipales y distritales, miembros de las juntas administradoras locales, y en su oportunidad, los miembros de la asamblea constituyente y las demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale”. Es decir, por definición expresa del propio constituyente solamente a las anteriores dignidades se puede acceder por el voto directo de los ciudadanos, las cuales vienen caracterizadas porque algunas de ellas son uninominales, como en el caso del Presidente, Gobernadores y Alcaldes, en tanto que en las demás el proceso de elección se surte con el propósito de escoger los integrantes de cuerpos colegiados, como así ocurre frente a los Congresistas, diputados, concejales y ediles.

La idea de que solamente como cargos de elección popular pueden tomarse aquellos desempeñados por servidores denominados empleados públicos, riñe con la naturaleza misma del acto administrativo por medio del cual se llega a la administración por la ruta democrática, puesto que el empleado público se caracteriza, primordialmente, porque su contacto con la administración está precedida de una relación legal y reglamentaria, de modo que es necesario que anteladamente se haya proferido a su favor un acto de nombramiento, luego formalizado con la respectiva posesión.

Por tanto, los cargos de elección popular no pueden interpretarse bajo la lógica de la naturaleza jurídica de los empleados públicos, entre otras razones porque su ligamen con la administración no es el fruto de una voluntad unilateral, como ocurre con los actos de nombramiento, sino que es la resultante de una voluntad mayoritaria expresada a través de un certamen democrático.

(...)

Siendo consecuentes con lo discurrido, encuentra la Sala que el argumento esgrimido por la apoderada del Departamento del Tolima no es de recibo y que la expresión Cargos de Elección Popular no puede asimilarse a la de Empleados Públicos, puesto que dentro de los primeros están comprendidos todos los cargos o autoridades citados en el Artículo 260 Constitucional, como son el Presidente y Vicepresidente de la República, senadores, representantes, gobernadores, diputados, alcaldes, concejales municipales y distritales, miembros de juntas administradoras locales y miembros de la asamblea constituyente cuando decida integrarse. (...) (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Así las cosas, respecto de la naturaleza de los Congresistas, tenemos que de acuerdo con lo dispuesto por los Artículos 114, 123 y 171 de la Constitución, los Senadores de la República, como miembros de la corporación pública de elección popular del orden nacional, son servidores públicos. Por tener dicha calidad, “están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”¹

La condición de servidor público se adquiere desde la posesión², hasta cuando se produzca su desvinculación del servicio por darse alguna de las causales de retiro previstas en el ordenamiento³. Durante el lapso de su vinculación jurídica con el Estado, todo servidor público está sujeto al régimen de derechos, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de interés previsto en la Constitución y en la ley⁴.

En ese sentido, el Artículo 124 de la Constitución dispone que “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”. Este mandato alude igualmente a los congresistas, por su carácter de servidores públicos.

En relación con el régimen de incompatibilidades de los Congresistas, en el proceso constituyente de 1991⁵ se tuvo en cuenta que:

«(...) el congresista debe ser alguien que dedique de manera real su plena capacidad de producción intelectual y su tiempo a las labores propias del parlamento”.

El congresista no puede celebrar contrato con persona de derecho público del orden nacional, departamental o municipal, centralizado o descentralizado. Tampoco hacer gestiones ante dichas personas para terceros ni en su propio interés salvo los casos en los que le sea forzoso actuar por llamamiento de la misma ley o por ser él mismo, o sus hijos menores sobre quienes ejerza la patria potestad, sujetos pasivos de actuaciones del Estado frente a las cuales le asiste el legítimo derecho de respuesta o para proveerse de los bienes o servicios que suministra u ofrece el Estado a cualquier ciudadano en igualdad de condiciones. Para estos casos sería preciso aclarar que el congresista está obligado a someterse al procedimiento reglado y respetar las prioridades que puedan corresponderle a terceros.

2.3.2 La prohibición anterior debe extenderse a la realización de contratos con y la gestión ante personas de derecho privado que manejen fondos públicos, por ejemplo, contratistas del Estado, fundaciones o instituciones que reciben ayuda monetaria de presupuestos oficiales, administradores fiduciarios en contrato con cualquiera de las personas de derecho público enumeradas en el punto 2.3.1 supra, etc. (...)».

Según el Artículo 181 de la Constitución, «Las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo. En caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior». (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

En la sentencia C-497 de 1994 la Corte Constitucional resaltó las razones y los valores inmersos en el régimen de incompatibilidades previstos en la Constitución para los congresistas:

«Filosofía del régimen de incompatibilidades aplicable a los congresistas

El especial celo del Constituyente en establecer todo un conjunto de normas con arreglo a las cuales habrá de ser ejercido el cargo de congresista se explica no sólo por la importancia intrínseca del Congreso en el Estado de Derecho sino por la trascendencia de la investidura de quien, escogido en las urnas para integrar la Rama Legislativa, tiene en su cabeza la representación del pueblo.

Tales normas responden a las necesidades de asegurar los cometidos básicos de la institución y de preservar la respetabilidad de quienes la componen, merced al sano desempeño de las delicadas funciones que se les confían.

Entre los objetivos buscados por esta normativa se halla el de garantizar a los gobernados que las personas a quienes se ha distinguido con tan alta dignidad no abusarán de su poder, aprovechándolo para alcanzar sus fines personales, pues la actividad a ellos encomendada debe estar exclusivamente al servicio del bien público.

En ese contexto se ubica el régimen de incompatibilidades de los congresistas, el cual, como ya lo subrayó esta Corte en Sentencia C-349 del 4 de agosto de 1994, es pieza fundamental dentro del Ordenamiento constitucional de 1991 y factor de primordial importancia para lograr los propósitos estatales, pues mediante ellas se traza con nitidez la diferencia entre el beneficio de carácter público, al cual sirve el congresista, y su interés privado o personal.

En el mismo fallo se puso de presente lo que significa la incompatibilidad como imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades. "Dada la situación concreta del actual ejercicio de un cargo -como es el de congresista para el caso que nos ocupa- aquello que con la función correspondiente resulta incompatible por mandato constitucional o legal asume la forma de prohibición".

En otros términos, estamos ante aquello que no puede hacer el congresista de manera simultánea con el desempeño de la gestión pública que le corresponde, por entenderse que, si las actividades respectivas fueran permitidas, se haría daño al interés público en cuanto se haría propicia la indebida influencia de la investidura para fines particulares.

De allí que haya sido vedado a los miembros del Congreso, durante el período constitucional -y, en caso de renuncia, durante el año siguiente a su aceptación si el lapso para el vencimiento del período fuere superior-, desempeñar cualquier cargo o empleo público o privado; (...)».

En concordancia con lo anterior, el Artículo 183 Superior establece que los congresistas perderán su investidura, entre otras causas, cuando incurran en violación del régimen de incompatibilidades".

Por su parte, la Ley 5ª de 1992, ley orgánica del Congreso, consagra varias disposiciones sobre el régimen de incompatibilidades de los senadores. En el Artículo 281 señala que las incompatibilidades son todos los actos que los Congresistas no pueden realizar o ejecutar durante el período de ejercicio de la función. En el Artículo 282 las enumera así:

ARTÍCULO 282. MANIFESTACIONES DE LAS INCOMPATIBILIDADES. Los Congresistas no pueden:

1. *Desempeñar cargo o empleo público o privado.*
2. *Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno; con las excepciones que establezca la ley.*

3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos.
4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste.

Finalmente, respecto de la inhabilidad contenida en el párrafo 1 del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993⁶ tenemos que la disposición en mención señala:

"2o. <Aparte tachado derogado por el Artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: (...)

d) <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo. (...)

PARÁGRAFO 1o. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este Artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

<Inciso adicionado por el Artículo 18 de la Ley 1150 de 2007> El nuevo texto es el siguiente:> En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio".

De acuerdo con todas las disposiciones y jurisprudencia citadas, nos permitimos transcribir los interrogantes presentados para dar respuesta a cada uno en los siguientes términos:

1. ¿Una persona que es asociada fundadora de una fundación, está inhabilitada para ser Senadora de la República?

Dentro de las inhabilidades para la elección como Congresista no se encuentra propiamente el ser socio fundador de una fundación; sin embargo, deberá analizarse a la luz de los numerales 3 de los Artículos 179 constitucional y 180 legal⁷ si se intervino 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 deba efectuarse la respectiva elección, caso en el cual, si existiría el impedimento.

2. ¿Si un senador es asociado fundador de una Fundación, la Fundación estaría inhabilitada para contratar con el Estado?

En caso de que un senador sea miembro de una fundación, deberá analizarse si en dicho rol gestiona en nombre propio o ajeno, asuntos ante entidades públicas o ante las personas que administren tributos la suscripción de contrato alguno; caso en el cual estaríamos en presencia del impedimento anunciado en la Ley 5 de 1992.

3. ¿Si una persona es presidente de una fundación y tiene un pariente que es Senador, la fundación estaría inhabilitada para contratar con el Estado?

Una vez revisadas las disposiciones del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no se encontró impedimento en ese sentido.

4. ¿Si una persona es representante legal de una fundación y tiene un pariente que es Senador, la fundación estaría inhabilitada para contratar con el Estado?

Una vez revisadas las disposiciones del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no se encontró impedimento en ese sentido.

5. ¿En qué sentido debe entenderse el párrafo 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, es decir, cuándo debe entenderse que por disposición legal o estatutaria el servidor público debe ejercer cargos de dirección o manejo en una fundación? ¿Existe una ley que lo regule?

Toda vez que los Congresistas no son considerados empleados públicos, no resulta viable clasificarlos en los niveles jerárquicos de aquellos, esto es, nivel directivo, asesor, profesional, técnico o asistencial; así las cosas, se considera que tanto la prohibición como la excepción de que trata el párrafo 1 del Artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no se considera aplicable a los parientes de los congresistas.

No obstante, deberá tener en cuenta lo dispuesto por el Artículo 286 de la Ley 5° de 1992 sobre conflicto de intereses, el cual consiste en que, todo congresista, cuando tenga un interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.

6. ¿Se puede decir que un senador es un servidor público dentro de los niveles directivo, asesor o ejecutivo? ¿o dentro de qué nivel se encuentran?

Toda vez que los Congresistas tienen la calidad de servidores públicos como miembros de una Corporación pública y en este sentido no tienen la calidad de empleados públicos, no les resultan aplicables las disposiciones aplicables para ellos, como lo es la clasificación por niveles jerárquicos.

Por último, me permito indicarle que, 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 imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/JFCA

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Artículo 123 de la Constitución.

2. El artículo 122 de la Constitución dispone 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”.

3. Artículo 125 de la Constitución.

4. «La Constitución no agotó el catálogo de las incompatibilidades aplicables a los congresistas, pues a la luz de estos preceptos, bien puede el legislador introducir nuevas causales de incompatibilidades igualmente obligatorias. (...) “las incompatibilidades son sólo en los términos en que lo establezca la Constitución o la ley, dentro de las condiciones que las normas hayan precisado. Quedan excluidas las interpretaciones

analógicas y extensivas». Corte Constitucional, Sent. C-497 de 1994.

5. Asamblea Nacional Constituyente. Comisión Tercera. Gaceta 51 del 16 de abril de 1991. En: Corte Constitucional, Sents. C-349 de 1994 y C-985 de 1999.

6. "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

7. Ley 5 de 1992.

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:57:00