



Concepto Marco 03 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

CONCEPTO MARCO DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Bogotá, D.C.

15 Diciembre de 2014

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

Los Servidores Públicos son las personas encargadas de cumplir y realizar las funciones y los fines establecidos por el Estado para su funcionamiento. Para evitar que los intereses particulares interfieran con las funciones públicas, la Constitución y las Leyes establecen un sistema de requisitos y limitaciones para quienes se van a vincular y para quienes se encuentran desempeñando cargos del Estado, que comúnmente son denominadas inhabilidades e incompatibilidades.

1. QUE SE ENTIENDE POR INHABILIDADES

Las inhabilidades son de orden Constitucional y legal, ellas implican: incapacidad, ineptitud o impedimento para el desempeño de un empleo, imposibilitan el ejercicio de las funciones.

Las causas que producen inhabilidad son de diferente orden y especie, generalmente obedecen a razones de tipo natural, jurídico o moral entre otras, la incursión en ellas constituye falta disciplinaria y dicha conducta debe ser investigada dentro del proceso disciplinario correspondiente¹ [1]

"Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la expresión "inhabilidad" tiene entre otras acepciones la de "defecto o impedimento para ejercer un empleo u oficio".

La Corte Suprema de Justicia la definió como *"aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otros". (sent. junio 9/88 Dr. Fabio Morón Díaz)*

Las inhabilidades, entonces, son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos.

Así las cosas, las inhabilidades son de distinta índole, v.gr. generales, es decir, que operan para toda clase de empleados del sector público; específicas, para una determinada entidad o rama del poder, limitadas en el tiempo, permanentes, absolutas, relativas, etc.

Las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, en empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción, deben estar consagradas en forma expresa y clara, y pueden hacer parte del estatuto general que rige la función pública, o de manera específica, del estatuto de carrera, o de personal de cada entidad, sector o rama del poder público."²[2]

"Las Inhabilidades son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, y tienen como objeto primordial lograr la moralización, idoneidad probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos"³[3]

1.2. FINALIDAD DE LAS INHABILIDADES

En lo referente a la finalidad de las inhabilidades la Corte Constitucional, señaló que *"Es natural y consecuente con los principios enunciados, que se exija a quienes aspiren a ingresar al servicio público y en particular a la administración de justicia, el cumplimiento de requisitos tanto genéricos como específicos que garanticen la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de las altas responsabilidades estatales.*

Se pretende pues, que en los servidores públicos concurren los elementos que están a la altura de la naturaleza de la investidura que ostenta al

ejercerla, para que su desempeño se oriente a la consecución de los fines del Estado.”⁴[4]

La finalidad de las inhabilidades es garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos o funciones públicas. De igual forma son una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función.

A continuación se presenta en forma gráfica los grados de parentesco que se establecen en la Constitución y en la ley y que nos interesan a propósito de las inhabilidades, en especial los grados a que se refiere el artículo 126 de la Constitución política. Para tal efecto resulta preciso indicar de manera previa los conceptos sobre grados de parentesco que establece el Código Civil Colombiano en sus artículos 35 y siguientes, así:

“ARTÍCULO 35. Parentesco de consanguinidad. Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz o que están unidas por los vínculos de la sangre.

Nota General. Se consanguinidad en línea recta (bisabuelo, abuelo, padre, hijo, nieto, bisnieto) puede ser ascendiente y descendiente. Cada generación representa un grado. Para calcular los grados de la línea colateral, es decir, la existente entre dos parientes que no descienden de un tronco común, se cuentan y suman las generaciones que hay desde cada uno de los dos parientes has el ascendiente común.

ARTÍCULO 37. De los grados de consanguinidad. Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí.

ARTÍCULO 47. Afinidad legítima. (Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer.)

Nota. El texto entre paréntesis se declaró Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-595 de noviembre 6 de 1996. Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía.

Conc: Artículos 35, 37, 41, 42, 49.

ARTÍCULO 48. Afinidad ilegítima. (Es afinidad ilegítima la que existe entre una de las personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, y los consanguíneos legítimos o ilegítimos de la otra, o entre una de dos personas que están o han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra.)

Nota Jurisprudencial. Este artículo se declaró Inexequible por la Corte Constitucional Sentencia C-595 de noviembre 6 de 1996, pues el texto se prestaba para equívocas interpretaciones de la expresión ilegítimo y desvirtuaba toda la jurisprudencia sobre la imposibilidad de tratos discriminatorios por razón del origen familiar, es por ello que la Corte declaró su inconstitucionalidad, entre otras razones, porque el inciso primero del artículo 42 de la Constitución reconoce igualdad entre la familia natural y la jurídica, de tal suerte que no existe consanguinidad ilegítima a causa de la inexistencia del matrimonio. Ose ésta como ilícita.

“...se advierte que la declaración de inexecutable del artículo 48 no implica la desaparición de la afinidad extramatrimonial, es decir, la originada en la unión permanente a que se refieren los artículos 126 y 179 de la Constitución, entre otros. Para todos los efectos legales, la afinidad extramatrimonial sigue existiendo.”

“ARTÍCULO 50. Parentesco civil. Parentesco civil es el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas.”

1.3. CONSECUENCIAS DE LAS INHABILIDADES

Mediante Sentencia C-509 de 1994 de la Corte Constitucional, se indicó respecto de las consecuencias de las inhabilidades:

“Es bien sabido que las inhabilidades tienen como objetivo fundamental no sólo impedir que una persona que se encuentre afectada por una de ellas, sea elegida o designada en un cargo público, sino que además como lo prevé el artículo 6o. acusado, respecto de quienes surgiere una de las causales descritas en forma sobreviniente, pueden ser declarados insubsistentes, con lo que se pretende mantener y garantizar los principios enunciados de dignidad, eficiencia e idoneidad en la noble tarea de administrar justicia.

La configuración de tales inhabilidades acarrea lo siguiente:

a) Para quien aspira a ingresar o acceder a un cargo público, no podrá ser designado ni desempeñar dicho cargo.

b) Para quien sin haberse configurado alguna de las causales de inhabilidad mencionadas, es nombrada para ocupar un cargo o empleo en la Rama Jurisdiccional, o cuando encontrándose en ejercicio del cargo, incurre en alguna de ellas, será declarado insubsistente.

En todos estos eventos, la persona nombrada, deberá ser declarada insubsistente mediante providencia motivada, aunque el funcionario o

empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial.”⁵[5]

1.4. DE LAS INHABILIDADES SOBREVINIENTES.

Acerca de la inhabilidad sobreviniente para el funcionario que viene trabajando con la administración y posteriormente es nombrado su familiar como nominador de la entidad a la cual presta sus servicios, se consulta al Consejo de Estado:

¿Se predica de un servidor público de la administración departamental, cuyo familiar mediante elección popular asume como nominador de la entidad en la cual presta sus servicios? El Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, el veintiocho (28) de febrero de dos mil ocho (2008). Consejero Ponente: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO Radicación No. 1.879, señalo:

“2. Inhabilidad sobreviniente

Una causal de inhabilidad se torna en sobreviniente cuando durante el desempeño de un cargo se presentan situaciones previstas en la ley como supuestos de hecho de una inhabilidad, de manera que por ser de ocurrencia posterior a la elección o nombramiento no genera la nulidad del acto de elección o designación, pero tiene consecuencias jurídicas respecto del ejercicio del cargo que se está desempeñando.

El artículo 37 del Código Disciplinario único, se refiere a las inhabilidades sobrevinientes en los siguientes términos:

ARTÍCULO 37. INHABILIDADES SOBREVINIENTES. Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias.

De igual forma la ley 190 de 1995 "Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa", establece en su artículo 6o.

ARTÍCULO 6°. En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Por tratarse de inhabilidades sobrevivientes, en caso de presentarse una situación de esta naturaleza, la norma prevé un mecanismo de solución diferente a la declaratoria de nulidad, al señalar en su inciso segundo que "Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar".

Es de advertir que el citado inciso segundo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-038 de 1996 "pero únicamente bajo el entendido de que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevivientes no se hayan generado por dolo o culpa imputables al nombrado o al funcionario público a los que se refiere dicho precepto".

3. Prohibición a los servidores públicos de nombrar familiares e impedimento para que éstos sean designados en el mismo nivel territorial

Como antes se dijo, fue propósito esencial del Constituyente de 1991 establecer un régimen riguroso de inhabilidades, incompatibilidades y limitaciones para el ejercicio de los cargos públicos, con el objeto de garantizar que el ejercicio de funciones públicas condujera a la toma de decisiones objetivas acordes con la finalidad esencial del Estado, que es el bienestar comunitario.

Por ello, con el fin de evitar que el ingreso al servicio público pueda originarse en consideraciones distintas a los méritos y calidades personales y profesionales de los aspirantes, algunos preceptos Constitucionales y legales prohíben a los servidores públicos designar bien sea de manera general o para el ámbito territorial de su jurisdicción a personas con las cuales se tienen cierto tipo de vínculos familiares.

En tal sentido el artículo 126 de la Constitución consagra la siguiente prohibición general a los servidores públicos:

“ARTÍCULO 126. Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos". (Negrillas de la Sala).

Igualmente, el artículo 292 Superior, en su inciso segundo establece:

"ARTÍCULO 2°. (...)

No podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil" (Negrillas de la Sala).

Las dos normas constitucionales no se excluyen sino que por el contrario comparten una misma finalidad, haciéndose compatibles en su

aplicación. En efecto, el artículo 126 prohíbe a todo servidor público nombrar a sus parientes dentro de ciertos grados de consanguinidad o afinidad. Para que esta prohibición opere se requiere entonces que el servidor público sea el nominador y su pariente el nominado, por ello la norma constitucional dice "los servidores públicos no podrán nombrar...".

En cambio en el enunciado del artículo 292 consagra la prohibición para ciertos ciudadanos de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos de la respectiva entidad territorial, cuando en la misma ejercen su actividad como diputados o concejales personas con quienes tienen un vínculo matrimonial o de unión permanente de hecho o parentesco en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

Ahora, si bien es cierto que el propio texto Constitucional consagra la prohibición en relación con el acceso al servicio público por vínculos familiares, también lo es que corresponde al legislador desarrollarla en ejercicio de las facultades otorgadas por el mismo ordenamiento superior en los artículos 123 al disponer que "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", y 150.23, según el cual: "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones... 23. Expedir las leyes que regirán el servicio de las funciones públicas...".

En virtud de esa facultad de configuración legal, se expidió la ley 1148 de 2007 "Por medio de la cual se modifican las leyes 136 de 1994 y 617 de 2000", en la que el legislador reiteró la prohibición contenida en los artículos 126 y 292 de la Carta Política.

Dice el artículo 1°. de la ley 1148 de 2007 por medio del cual se modificó el artículo 49 de la ley 617 de 2000:

"ARTÍCULO 1°. El artículo 49 de la ley 617 de 2000 que dará así.

Artículo, 49. Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales.

(...)

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

(...)

PARÁGRAFO 1°. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

(...)

4. El caso concreto

La consulta que en este concepto se atiende, pretende establecer si sobreviene inhabilidad para un servidor público departamental, por el hecho de que un pariente suyo haya tomado posesión en un cargo de elección popular que tiene asignada la facultad nominadora de la entidad donde el servidor en cuestión se encuentra vinculado.

En el caso descrito para que la persona elegida esté sujeta a la prohibición constitucional de que habla el artículo 126 de la Carta, esto es, de nombrar o designar como funcionarios del respectivo departamento a sus cónyuges o compañeros permanentes y a sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, es requisito sine qua non que tome posesión del respectivo cargo, formalidad con la que se asume plenamente la función pública y, para el caso, la facultad nominadora; la cual, dicho sea de paso, sólo es posible ejercerla hacia el futuro.

Igualmente, para que se presente la prohibición prevista en los artículos 292 inciso segundo y 49 de la ley 617 de 2000, esto es, para que los parientes de la persona elegida no puedan ser designados para los cargos allí referenciados, es presupuesto indispensable que aquella haya tomado posesión del cargo, independientemente de que el mismo comporte o no el ejercicio de la función nominadora.

Las dos modalidades de prohibición analizadas tienen un elemento en común para que puedan configurarse, esto es, que el pariente elegido haya previamente tomado posesión del respectivo cargo.

Sin embargo, en el caso que se analiza el servidor público departamental que nos ocupa se encontraba vinculado a la entidad antes de que su pariente resultara elegido, es decir, su designación provino de un acto administrativo expedido por quien era competente y no se hallaba impedido para hacerlo; acto éste que además se encuentra amparado por la presunción de legalidad.

No sobra advertir que una vez posesionado el pariente nominador, éste no podrá ascender, evaluar o promocionar al familiar vinculado a la entidad, salvo que el mismo se encuentre desempeñando un cargo de carrera administrativa, situación que lo haría incurso en la excepción prevista en inciso segundo del artículo 126 Superior y parágrafo 1°. del artículo 49 de la ley 617 de 2000.

En este orden, la Sala considera que en el asunto materia de estudio no se configura inhabilidad sobreviniente alguna, por no estar prevista la situación planteada en norma constitucional o legal que así lo establezca, razón por la cual se mantiene en todas sus partes la posición

doctrinaria contenida en el Concepto 1347 de 2001.

LA SALA RESPONDE:

Al servidor público vinculado a la administración departamental con anterioridad a la posesión de un familiar –en los grados previstos en la Constitución y en la ley- en un cargo de elección popular que comporta la facultad nominadora de la entidad donde se encuentra laborando, no le sobreviene inhabilidad alguna por el hecho de que su vinculación es anterior a la elección y posterior posesión del referido pariente.”

1.5. FORMALIDADES QUE SE DEBEN CUMPLIR PARA RETIRAR DEL SERVICIO A QUIEN LE SOBREVenga UNA INHABILIDAD

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-509 de 1994 señaló el procedimiento que se debe surtir para retirar del servicio al servidor público que le sobreviene una inhabilidad, indicando:

“Estima la Corte que, desde luego, la insubsistencia o remoción del empleado o funcionario de la Rama Jurisdiccional, cuando se configure alguna de las causales de inhabilidad enumeradas en el artículo 3o. del Decreto 1888 de 1989, deberá estar precedido de la observancia del debido proceso a través del cual el inculcado previamente tendrá derecho como ocurre en los procesos disciplinarios, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra a fin de que pueda ejercer plenamente el derecho de defensa como lo determina el artículo 29 de la Constitución Política.

Se trata por tanto de respetar el debido proceso y la presunción de inocencia, con antelación al acto de insubsistencia, no pudiendo quedar sin efecto el nombramiento recaído en el funcionario o empleado de la Rama Jurisdiccional, sin que previamente se le haya comprobado plenamente que con respecto al mismo se ha configurado alguna de las causales consagradas en el artículo 3o. del Decreto 1888 de 1989, pues en el fondo de lo que se trata en el presente caso, no obstante lo deficiente de la redacción de la norma acusada es aplicar una sanción al servidor público de la Rama Jurisdiccional, a título de destitución por los motivos indicados, la cual debe estar revestida de las formalidades propias del juicio que garantice el derecho de defensa del inculcado.

De esta manera, el acto de insubsistencia requiere para su validez de la configuración del presupuesto descriptivo de la inhabilidad y de la comprobación por parte de la autoridad correspondiente, previamente a su expedición.

Así mismo, el empleado o funcionario de la Rama Jurisdiccional a quien se le ha retirado del servicio por supuesta inhabilidad comprobada, tendrá derecho como reza la última parte de la disposición acusada, a ejercer las acciones contencioso-administrativas pertinentes contra la providencia respectiva para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara las decisiones adoptadas por los organismos o autoridades competentes, lo cual permite revisar las actuaciones y decisiones adoptadas en su contra, con la salvedad establecida en la sentencia No. C-417 de octubre 4 de 1993, proferida por esta Corporación, con ponencia del Magistrado Dr. Jose Gregorio Hernández Galindo, al decidir acerca de la equidad del artículo 51 del mismo Decreto 1888 de 1989.

Por lo tanto, la norma demandada a juicio de la Corporación no viola el debido proceso ni la presunción de inocencia de que trata el artículo 29 de la Constitución Nacional, pues previamente a la declaratoria de insubsistencia, se le garantiza a quien se encuentra incurso en supuesta inhabilidad, la plena observancia de las formalidades propias del respectivo proceso y del derecho de defensa, que una vez finalizado, conduzca a absolverlo de los cargos formulados en su contra o a la insubsistencia motivada, frente a las causales de que trata el precepto demandado.”⁶[6]

1.6. INHABILIDAD PARA QUIEN OSTENTE LA CALIDAD DE PENSIONADO.

La Constitución Política, establece:

“ARTÍCULO. 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. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”. (Subrayado fuera de texto)

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

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

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;

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

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

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

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

El Decreto 2400 de 1968, señala:

“ARTÍCULO 29. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 3074 de 1968. El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio, dentro de los seis (6) meses siguientes a necesidades del servicio lo exijan. (Lo Subrayado tácitamente deroga. Ley 33/85; Ley 77/88, Decreto 625/88, Artículo 1 artículo 8 La Persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando no sobre pase la edad de sesenta y cinco (65) años.”

De conformidad con el artículo anteriormente transcrito, la persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar una de las siguientes posiciones: de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de establecimientos públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y Secretario Privado de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años.

El Decreto 583 de 1995, por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional del sector oficial, dispone:

ARTÍCULO 1º.- Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el Artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente. En el evento de que dicha asignación fuere inferior a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia del valor total de esta prestación social.

De acuerdo con lo anterior, las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente. En el evento de que dicha asignación fuere inferior a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia del valor total de esta prestación social.

El artículo 1 del Decreto 2040 de 2002 establece que la persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 65 años, podrá ser reintegrada al servicio al empleo de Director General de Unidad Administrativa Especial con o sin personería jurídica.

El artículo 1 del Decreto 4229 de 2004, señala que la persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 65 años podrá ser reintegrada al servicio en el empleo de Subdirector de Departamento Administrativo.

El artículo 1 del Decreto 863 de 2008, consagra que la persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 65 años podrá ser reintegrada al servicio al empleo de Secretario de Despacho, Código 020, de las Gobernaciones y Alcaldías.

El artículo 1 del Decreto 740 de 2009, señala que la persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 65 años podrá ser reintegrada al servicio al empleo de Subdirector o Subgerente de establecimiento público.

El artículo 1 del Decreto 3309 de 2009, dispone que la persona que se encuentre gozando de pensión de jubilación y que no haya llegado a la edad de 65 años, podrá ser reintegrada al servicio al empleo de Presidente, Gerente o Subgerente de Empresa Oficial de Servicios Públicos del nivel nacional o territorial.

Por su parte el Decreto 583 de 1995, “por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional del sector oficial”, con relación a la remuneración que debe percibir un pensionado cuando se reintegre al servicio público, consagra:

“ARTÍCULO 1. Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular, percibirán la asignación mensual correspondiente. En el evento de que dicha asignación fuere inferior a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta concurrencia del valor total de esta prestación social.”

“ARTÍCULO 2. En ningún caso el valor anual que se reciba por concepto de asignación básica mensual, gastos de representación y demás

emolumentos salariales, prestaciones sociales que se causen durante el servicio y diferencia por concepto pensional, según el caso, podrá ser superior a lo que le correspondería en el mismo período por concepto de pensión.”

Aualmente se solicitará a la entidad de previsión que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, que certifique el valor de la misma y en caso de ser inferior a lo recibido por los factores antes enunciados, se deberá reintegrar la diferencia.”

“ARTÍCULO 3. Para los efectos del artículo anterior, el pensionado deberá informar de su situación a la entidad de Previsión Social que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, para que suspenda el pago o asuma la diferencia.”

“ARTÍCULO 4. La revisión del valor de la mesada pensional, si a ello hubiere lugar, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo Primero (1) de este Decreto, se sujetará a los términos y condiciones previstos en el artículo cuarto (4) de la Ley 171 de 1961”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, es viable el reintegro de un empleado público retirado por pensión de jubilación sólo en los empleos consignados en el artículo 29 del Decreto - ley 2400 de 1968, el artículo 121 del Decreto 1950 de 1973 y las excepciones que se han adicionado en los decretos anteriormente mencionado y los cargos de elección popular, en las condiciones que expone el Decreto 583 de 1995.

El Consejo de Estado en Concepto de mayo 8 de 2003. Radicación No. 1480 C.P.: Susana Montes de Echeverri, se pronunció respecto a la prohibición para el pensionado de percibir doble asignación proveniente de él Tesoro público.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: *¿Puede un pensionado vincularse como Gerente en una Empresa Social del Estado E.S.E.?* Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20146000108081 de fecha 13 de agosto de 2014, concluyendo:

“Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica no es procedente asimilar el cargo de Gerente de una Empresa Social del Estado, con el de Gerente o Director de Establecimiento Público o Empresa Industrial y Comercial del Estado contemplados en el artículo 29 inciso 2 del Decreto 2400 de 1968, toda vez que los cargos allí citados son taxativos y de interpretación restrictiva.

Así las cosas, no es viable que una persona que tiene una pensión de jubilación, se reintegre al servicio público en el cargo de Gerente de una Empresa Social del Estado, por cuanto este cargo no se encuentra dentro de las excepciones legalmente previstas.”

1.7. INHABILIDADES COMUNES A TODOS LOS SERVIDORES PUBLICOS

1.7.1. LA INHABILIDAD POR HABER SIDO CONDENADO POR DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO DEL ESTADO

La Constitución Política, establece respecto a las inhabilidades para quienes han cometido delitos lo siguiente:

“ARTÍCULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

(...)

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

De otra parte el Código Penal, establece:

“ARTÍCULO 44. LA INHABILITACION PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS. La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales.

ARTÍCULO 51. DURACION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE OTROS DERECHOS. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el caso del inciso 3o. del artículo 52.

Se excluyen de esta regla las penas impuestas a servidores públicos condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, en cuyo caso se aplicará el inciso 5 del artículo 122 de la Constitución Política.

“(...)”

ARTÍCULO 52. LAS PENAS ACCESORIAS. Las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena.

En la imposición de las penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo 59.

En todo caso, la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la Ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2 del artículo 51.

La Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, señala:

“ARTÍCULO 46. LÍMITE DE LAS SANCIONES. La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente.

La Corte Constitucional en Sentencia No. C-038 de 1996, expresó:

“La Constitución señala que “en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”. De la interpretación sistemática de este precepto y de las disposiciones de los artículos 122 y 179-1 y 9 de la Carta, puede concluirse que la prohibición de la imprescriptibilidad de las penas, no cubre a las inhabilidades que el mismo Constituyente ha instituido, así éstas tengan carácter sancionatorio. El Constituyente puede erigir en causal de inelegibilidad permanente para ocupar ciertos cargos públicos, hechos y circunstancias muy diversas, inclusive ajenos a la voluntad de las personas, como acontece con la doble nacionalidad y el parentesco en algunos casos. No se ve por qué no pueda el Constituyente asociar el presupuesto constitutivo de una causal de inhabilidad, a la expedición de una sentencia condenatoria por la comisión de un delito contra el patrimonio público.”

La misma corporación en sentencia C- 544 de 2005 respecto a las inhabilidades, preceptuó:

“En principio, es indispensable recordar que las inhabilidades son prohibiciones de acceso a la función pública. Una inhabilidad es una circunstancia fáctica cuya verificación le impide al individuo en el que concurre acceder a un cargo público. Su finalidad no es otra que la de preservar la pulcritud de la administración pública, garantizar que los servidores públicos sean ciudadanos de comportamiento ejemplar y evitar que sus intereses personales se involucren en el manejo de los asuntos comunitarios, comprometiendo la imparcialidad, moralidad, igualdad y eficiencia de la Administración. Como lo ha dicho la Corte, “...con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad.”^[1]

En este contexto, el eje axiomático de la inhabilidad gira en torno a los intereses de la Administración Pública. Éste es el énfasis de las normas que describen las condiciones por las cuales ciertos particulares no pueden acceder a un cargo en el Estado, pues lo que inspira la creación de una inhabilidad es, fundamentalmente, la realización de los principios que guían el manejo de la cosa pública y la protección de los intereses que en esta se involucran.

Desde este punto de vista y atendiendo a dicha teleología, la jurisprudencia constitucional distingue dos tipos de inhabilidades: en primer lugar, están las inhabilidades que se configuran como consecuencia de concurrir en el individuo aspirante a un cargo público, circunstancias de naturaleza personal. Es el caso de la existencia de parentescos –verificado por ejemplo en el artículo 126 de la Constitución Política- que impiden el ejercicio de cargos públicos simultáneos o la nominación de una persona a un cargo del Estado, por parte de un servidor público con quien la une un lazo de consanguinidad o afinidad.

El segundo grupo de inhabilidades sí tiene un componente sancionatorio, pues las circunstancias que impiden a los individuos acceder a un determinado cargo se derivan de la reprochabilidad penal, disciplinaria, contravencional, correccional o de punición por indignidad política de su conducta.”

La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del proceso No 24687 del 26 de abril de 2006, de la Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente, Alvaro Orlando Pérez, se ocupó del tema respecto al cumplimiento de la pena accesoria que inicia al terminar la privativa de la libertad.

De conformidad con las normas y jurisprudencias expuestas, por regla general, la persona que haya sido condenada, en cualquier tiempo por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado, sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrá ser elegida, ni designada como servidor público ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con entidades del Estado, lo anterior se consagra como una inhabilidad permanente para los servidores que hubieren sido condenados por delitos contra el patrimonio del Estado.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: *¿Una persona que fue condenada a pena de prisión por un delito común, puede ser elegida o designada como empleado público?* Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20146000127011 del 10 de septiembre de 2014, concluyendo:

“De igual forma, se precisa que según la Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir las personas para efectos de su designación e incorporación al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en el estatuto general que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva; por tal razón, en criterio de esta Dirección se considera que no hay impedimento, para que una persona que haya cumplido una pena privativa de la libertad por un delito común pueda ser nombrado en un cargo público, si el empleo no exige ausencia de sanciones.

No obstante lo anterior, para el caso de los empleos de elección popular como es el de Congresista, Diputado, Gobernador, Alcalde, Concejal, Personero y Edil, el haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, se constituye en una causal de inelegibilidad permanente para ocupar dichos cargos públicos.”

1.7.2. LA INHABILIDAD POR HABER SIDO SANCIONADO DISCIPLINARIAMENTE.

Respecto de las inhabilidades por haber sido sancionado disciplinariamente la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único, señala:

“Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único

ARTÍCULO 38. OTRAS INHABILIDADES. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.
2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.
3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.
4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

PARÁGRAFO 1°. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARÁGRAFO 2°. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.

“ARTÍCULO 45. Definición de las sanciones.

(...)

2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo.

3. La multa es una sanción de carácter pecuniario.

4. La amonestación escrita implica un llamado de atención formal, por escrito, que debe registrarse en la hoja de vida.

Si al momento del fallo el servidor público o el particular sancionado presta servicios en el mismo o en otro cargo similar en la misma entidad o en otra entidad oficial, incluso en período diferente, deberá comunicarse la sanción al representante legal o a quien corresponda, para que proceda a hacerla efectiva.” (Subrayado fuera del texto)

Teniendo en cuenta la anterior disposición, la inhabilidad para desempeñar cargos públicos implica la separación del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria, o la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: *¿Se encuentra inhabilitada una persona para inscribirse como candidato al Congreso si tiene una sanción disciplinaria consistente en suspensión para ejercer cargos públicos?* Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20146000066351 de fecha 26 de mayo de 2014, concluyendo:

“De acuerdo con lo anterior, para desempeñar empleos tales como Presidente de la República, Congresista, Fiscal General de la Nación, Contralor General de la República, Procurador General de la Nación, miembro del Consejo Nacional Electoral, Magistrado de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, se requiere tener ausencia de sanciones disciplinarias, por lo que no es viable que la persona sancionada disciplinariamente sea designada o elegida en uno de esos cargos.”

1.7.3. INHABILIDAD POR PARENTESCO CON EL NOMINADOR

La Constitución Política sobre la presente inhabilidad, señala:

“ARTÍCULO 126. “Los servidores públicos (los nominadores) no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, (padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos y primos) segundo de afinidad, (suegros y cuñados) primero civil, (hijos adoptivos y padres adoptantes) o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación. (en la de los nominadores).

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos. “(Carrera Administrativa)” (paréntesis nuestros).

La prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar en la entidad que dirige, a personas con las cuales tenga relación de parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir hasta el cuarto grado de consanguinidad, como son padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos; segundo de afinidad-suegros, y cuñados, o primero civil - hijos adoptivos y padres adoptantes; o relaciones de matrimonio o unión permanente. Tampoco podrá nombrar a personas vinculadas por los mismos lazos con el servidor público competente para intervenir en la vinculación del nominador. Esta prohibición tiene como única excepción los nombramientos que se hagan en la aplicación a las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por concurso (Carrera Administrativa).

La Corte Constitucional en Sentencia C - 380 de 1997, Magistrado Ponente Doctor HERNANDO HERRERA VERGARA, se ocupó respecto a las prohibiciones contenidas en el artículo 126 de la Constitución.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: *¿Existe algún tipo de inhabilidad para ejercer el cargo de Jefe de Planeación, cuando el cónyuge trabaja en la misma entidad?* Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20146000057321 de fecha 7 de mayo de 2014, concluyendo:

“En este orden de ideas, en criterio de esta Dirección se considera que no se configura inhabilidad e incompatibilidad o impedimento para que dos personas que son esposos, laboren para una misma entidad del Estado, mientras ninguno de ellos tenga la relación de parentesco indicada en la norma constitucional con respecto al nominador o con el servidor público competente para intervenir en la designación.

Ahora bien, en caso de que alguno de los dos tenga la función nominadora en la institución y haya nombrado a su pariente como empleado, es importante tener en cuenta lo establecido en la Ley 734 de 2002, Por el cual se expide el Código Único Disciplinario, en el cual se señala como una de las causales de falta gravísima:

“Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

Nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de una persona en quien concurra causal de inhabilidad, incompatibilidad, o conflicto de intereses.” (Subrayado fuera de texto)

1.7.4. INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO PARA MÁS DE UNA CORPORACIÓN O CARGO PÚBLICO.

La Constitución política establece:

“ARTÍCULO 179.

(...)

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.” (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, la Ley 136 de 1994, “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, establece:

“ARTÍCULO 44. INELEGIBILIDAD SIMULTÁNEA. 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.

(...).

Frente a la inhabilidad prevista en el Numeral 8 del Artículo 179 de la Constitución Política, por parte de los Diputados, Concejales y ediles que aspiran ser elegidos Congresistas, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia con Radicación número: 11001-03-28-000-2006-00011-00 (3944-3957) de fecha 13 de agosto de 2009, Consejero ponente: Filemón Jiménez Ochoa.

En este mismo sentido, 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, Consejera ponente: María Nohemí Hernández Pinzón

La misma Corporación mediante sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta de agosto 25 de 2005, Radicación número: 230012331000200301418 01, Consejero ponente: DARÍO QUIÑONES PINILLA.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: ¿Un Concejal Municipal se encuentra inhabilitado para ser elegido Alcalde? Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20136000010341 de fecha 24 de enero de 2013, concluyendo:

“De acuerdo con los anteriores pronunciamientos del Consejo de Estado no incurriría en inhabilidad el miembro de corporación de elección popular que aspira a ser elegido para otra corporación o cargo público, si éste presenta renuncia y le es aceptada antes de la fecha de elección para el nuevo cargo o corporación pública a que se aspire.

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.”

1.8. INHABILIDADES PARA SER ELEGIDO EN CARGOS DE ELECCION POPULAR EN EL NIVEL NACIONAL

1.8.1. INHABILIDADES PARA SER ELEGIDO EN EL CARGO DE PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE

Respecto de las inhabilidades para ser elegido Presidente y Vicepresidente de la República, la Constitución Política, señala:

“ARTÍCULO 197. Modificado. A.L. 2/2004, art. 2º. Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos.

No podrá ser elegido Presidente de la República o Vicepresidente quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1º, 4º y 7º del artículo 179, ni el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquiera de los siguientes cargos:

Ministro, director de departamento administrativo, magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, o del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, comandantes de las Fuerzas Militares, Director General de la Policía, gobernador de departamento o alcaldes.

PAR. TRANS. —Quien ejerza o haya ejercido la Presidencia de la República antes de la vigencia del presente acto legislativo solo podrá ser elegido para un nuevo período presidencial.” (Subraya fuera de texto)

Por su parte, el artículo 179 de la Constitución Política señala:

“ARTÍCULO 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.

(...)

4. Quienes hayan perdido la investidura de congresista.

(...)

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

Por otro lado, el artículo 122 ibídem, señala:

“ARTÍCULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

(...)

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño."

De acuerdo con lo anterior, sin perjuicio de las inhabilidades comunes a todos los servidores públicos contenidas en el artículo 122 de la Carta Política, arriba enunciados, la Constitución Política establece, una clara prohibición para quien aspira a ser elegido como Presidente o Vicepresidente de la República, contenidas en los artículos 179 y 197 ibídem.

Respecto de las inhabilidades para ser elegido en cargos de elección popular incluido el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República se pronunció la Corte Constitucional, mediante sentencia C-630 del 15 de Agosto de 2012, con ponencia del Dr. Mauricio Gonzalez Cuervo.

Por su parte, mediante concepto de radicado número 20126000101581 del 25 de Junio de 2012, esta Dirección Jurídica se pronunció respecto a las inhabilidades para ser elegido en el cargo de presidente de la República, de la siguiente manera:

"REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que un trabajador oficial se postule a la Presidencia de la República? Fecha en la cual debe renunciar. RAD. 2012-206-009010-2.

(...)

Por consiguiente, es claro que a los servidores públicos les está prohibido utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la Ley, así como utilizar su posición para presionar a particulares o subalternos a respaldar una causa o campaña política o influir en procesos electorales de carácter político partidista. De acuerdo con la Constitución Política, 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. Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.

En este orden de ideas, en criterio de esta Dirección se considera que si usted como Trabajador Oficial, no desarrolla actividades de Dirección Administrativa, es decir, que no está autorizado 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., por consiguiente no está inhabilitado para postularse como Presidente de la República, siempre y cuando, en el momento de la inscripción no esté ocupando el cargo de Trabajador Oficial ya que no podría tomar parte en la controversia política, esto significa que tendrá que renunciar al cargo con anterioridad al día de su inscripción como candidato a la Presidencia de la República...."

1.8.2. INHABILIDADES PARA SER ELEGIDO EN EL CARGO DE CONGRESISTA

De conformidad con el artículo 179 de la Constitución Política, 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 re-presentantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

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 periodos coinciden en el tiempo, así fuere parcialmente.

PARÁGRAFO TRANSITORIO.

Lo dispuesto en el numeral 8 del presente artículo no se aplicará a quienes hubiesen renunciado con anterioridad a la vigencia del presente Acto Legislativo.

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 el mismo sentido, la Ley 5a. de 1992, "por la cual se expide el Reglamento del Congreso: el Senado y la Cámara de Representantes", señala:

"ARTÍCULO 279. CONCEPTO DE INHABILIDAD. Por inhabilidad se entiende todo acto o situación que invalida la elección de Congresista o impide serlo.

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

Causal 1.

"1. Quienes hayan sido condenados, en cualquier época, por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos."

De lo anterior puede inferirse que la persona que haya sido condenada en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, no podrá ser Congresista.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: ¿Una persona condenada por prevaricato por omisión puede ser candidato al Congreso de la República? Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20136000181561 de fecha 2 de diciembre de 2013, concluyendo:

"De acuerdo con las normas anteriormente señaladas, en criterio de esta Dirección la persona condenada en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, se encontraría incurso en las inhabilidades consagradas en la Constitución Política para aspirar al Congreso de la República. Como puede observarse de las normas mencionadas, la inhabilidad que surge por haber sido condenado por sentencia judicial por delitos distintos de los políticos o culposos, no se supera con el transcurrir del tiempo, ni está condicionada al restablecimiento de los derechos y funciones públicas impuestas por autoridad judicial competente."

Causal 2

"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."

De conformidad con la causal anteriormente transcrita, los empleados públicos que hayan ejercido jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección, no podrán ser Congresistas.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: ¿Un empleado quien desempeña el cargo de Profesional Universitario en una entidad del Estado puede inscribirse como candidato al Congreso de la República? Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20136000144741 de fecha 20 de septiembre de 2013, concluyendo:

"En el caso concreto, esta Dirección Jurídica considera que el empleado que ejerce el cargo de profesional universitario no ejerce jurisdicción o autoridad política, civil administrativa o militar y por lo tanto no se encuentra inmerso en la inhabilidad establecida en el artículo 179 de la Constitución Política para inscribirse y ser elegido congresista, pero deberá renunciar antes de la inscripción para no estar incurso en la prohibición de participar en política establecida en la Ley 995 de 2005, artículo 38."

Causal 3

"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."

Conforme con lo anterior, no podrán ser elegidos 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, 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.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: *¿Inhabilidad para ser Senado por razón de haber celebrado contratos con entidades públicas del orden municipal?* Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20136000168221 de fecha 05 de noviembre de 2013, concluyendo:

“De acuerdo con el anterior pronunciamiento, que 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 y no su ejecución.

De tal forma, es necesario revisar en qué fecha el aspirante a Congresista realizó la celebración del contrato; es decir, de haberse celebrado dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección, se configuraría la inhabilidad, pero si dicha celebración se realizó anteriormente, no estaría inhabilitado para aspirar al Congreso de la República.”

Causal 4

“4. Quienes hayan perdido la investidura de Congresista.”

De conformidad con lo anterior, no podrá ser elegido congresista quién hubiese perdido la investidura de congresista.

Causal 5

“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.”

De acuerdo con la anterior disposición normativa, no podrá ser elegido Congresista quien tenga 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. 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.

Causal 6

“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.”

De conformidad con la causal anteriormente transcrita, no podrán ser elegidos Congresistas, 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

Causal 7

“7. Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos de nacimiento.”

De acuerdo con lo anterior, el legislador prohibió a aquellas personas que tengan doble nacionalidad, excepto los colombianos de nacimiento, aspirar a ser elegidos congresistas.

Causal 8

“8.- Quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos periodos 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 acuerdo con la última causal contemplada en la Ley 5ª de 1992, las personas que sean elegidas para más de una corporación o cargo público, no podrán ser elegidos congresistas si los respectivos periodos 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.

La Corte Constitucional, en sentencia C - 093 de 1994 declaró Exequible el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto con radicación 413 de noviembre 5 de 18991, se pronunció frente al numeral 5 de la Constitución Política.

La misma corporación en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en Sentencia del 18 de septiembre de 2003 se pronunció en relación con la inhabilidad por parentesco con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: *¿Un Senador que culmina su periodo el 20 de julio de 2014 puede ser nombrado en la Unidad de Trabajo legislativo de un Congresista después del 20 de julio de 2014?* Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante

el concepto con radicado No. 20146000074211 del 9 de junio de 2014, concluyendo:

“Teniendo en cuenta lo preceptuado por la Corte Constitucional, en cuanto a que las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva, se considera que no existe inhabilidad o impedimento para que un Congresista que culmina su periodo constitucional el 20 de julio de 2014 pueda vincularse laboralmente en un empleo de libre nombramiento y remoción en la Unidad de Trabajo legislativo de otro Congresista después de esa fecha, porque la norma no señala que las incompatibilidades de los Congresistas se extienden en el tiempo una vez culminado el periodo para el cual fue elegido.”

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: *¿Se encuentra inhabilitada una persona para inscribirse como candidato a Congreso si tiene una sanción disciplinaria consistente en suspensión para ejercer cargos públicos?* Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20136000181571 del 2 de diciembre de 2013, concluyendo:

“De acuerdo con lo anterior, para desempeñar empleos tales como Presidente de la República, Congresista, Fiscal General de la Nación, Contralor General de la República, Procurador General de la Nación, miembro del Consejo Nacional Electoral, Magistrado de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, se requiere tener ausencia de sanciones disciplinarias, por lo que no es viable que la persona sancionada disciplinariamente sea designada o elegida en uno de esos cargos.”

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: *¿En qué fecha deben renunciar los diputados en ejercicio para participar en las elecciones al Congreso de la República?* Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20136000078541 del 22 de mayo de 2013, concluyendo:

“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, como el Congreso de la República, si éste presenta renuncia y le es 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.”

1.9. INHABILIDADES PARA SER ELEGIDO EN CARGOS DE ELECCION POPULAR EN EL NIVEL TERRITORIAL

1.9.1. INHABILIDADES PARA SER ELEGIDO EN EL CARGO DE GOBERNADOR

Sobre la elección de los Gobernadores establece la Constitución Política.

“ARTÍCULO 303. (...)

“Los gobernadores serán elegidos popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años y no podrán ser reelegidos para el período siguiente”.

La ley fijará las calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores; reglamentará su elección; determinará sus faltas absolutas y temporales; y la forma de llenar estas últimas y dictará las demás disposiciones necesarias para el normal desempeño de sus cargos.”

La Ley 617 de 2000⁷ [7] se ocupa en su artículo 30 y 31 de consagrar las inhabilidades e incompatibilidades para quien aspira ser elegido Gobernador.

A continuación analizaremos cada una de las causales refiriendo la jurisprudencia relacionada y las preguntas más frecuentes elevadas y la respuesta a la misma:

“ARTÍCULO 30.- De las inhabilidades de los gobernadores. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como gobernador:

Causal 1.

1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas

Indica la norma referida que no podrá ser inscrito, elegido o designado como gobernador quien haya sido: (i) condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, (ii) haya perdido la investidura de congresista, diputado o concejal, (iii) excluido del ejercicio de una profesión, o (iv) se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

El Consejo de Estado en Concepto No 1797 de diciembre 14 de 2006, de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Magistrado ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, se refirió respecto a la Inhabilidad por condena a pena privativa de la libertad.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: *¿Una persona condenada por hurto calificado puede ser candidato a la Alcaldía, Asamblea, Gobernación o Cámara de Representantes?* Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20126000191991 del 7 de diciembre de 2012, concluyendo:

“De acuerdo con las normas anteriormente señaladas, en criterio de esta Dirección la persona condenada en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, se encontraría incurso en las inhabilidades consagradas en la Constitución Política, la Ley 136 de 1994 y 617 de 2000, y no estaría habilitado para aspirar a cargos como el de Alcalde o Gobernador, ni ser miembro de Corporaciones como la Asamblea o el Congreso de la República. Como puede observarse de las normas mencionadas, la inhabilidad que surge por haber sido condenado por sentencia judicial por delitos distintos de los políticos o culposos, no se supera con el transcurrir del tiempo, ni está condicionada al restablecimiento de los derechos y funciones públicas impuestas por autoridad judicial competente

Causal 2.

2. *Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.*

Se prohíbe por la norma que la persona que tenga doble nacionalidad no puede ser gobernador, salvo en el evento en que sea un colombiano por nacimiento, se considera como tal conforme lo indica el artículo de la Constitución Política: *“Las personas cuyo alguno de los padres hayan sido naturales o nacionales colombianos, o que, siendo hijo de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en Colombia en el momento del nacimiento. Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en el extranjero y luego se domiciliaren en el territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República”.*

Causal 3

3. *Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.*

De conformidad con la norma citada, no podrá ser inscrito como candidato para la gobernación, quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, así mismo, quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental 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 departamento.

El Consejo de Estado en Sentencia, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación número: 250002324000200301122 01, veintiocho (28) de julio de dos mil cinco (2005). Consejero Ponente: DARÍO QUIÑONES PINILLA, respecto a la concepción de la autoridad civil y autoridad administrativa

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: *¿Con qué antelación debe presentar la renuncia el Gerente de un Instituto Descentralizado del orden departamental, para aspirar a ser elegido Gobernador?* A la que se le dio respuesta mediante el concepto con radicado 20146000112561 del 21 de agosto de 2014, concluyendo:

“De acuerdo con lo anterior, en criterio de esta Dirección se considera que usted como Gerente de una entidad descentralizada del orden departamental ejerce autoridad administrativa en el respectivo departamento, de conformidad con el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, y por lo tanto en principio estaría inhabilitado para ser inscrito como candidato y elegido como Gobernador en el respectivo Departamento, si dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de elección permanece en el cargo.

Por consiguiente, para poder postularse al cargo de Gobernador departamental deberá renunciar al cargo con una antelación no menor a doce (12) meses respecto de la fecha de la respectiva elección, conforme lo señala el numeral 3 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000

Causal 4

4. *Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental 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 departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior 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 departamento.*

El numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 únicamente aplica para quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental 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 departamento, o para quien dentro del año anterior 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 departamento.

Sobre este tema, el Consejo de Estado en Sentencia de Julio 27 de 1995, expediente 1313, Consejero Ponente Dr. Mario Alario Méndez, preceptuó:

“Es entonces causa de inhabilidad la intervención en la celebración de contratos con entidades públicas, si esta intervención tiene lugar dentro de los... anteriores a la fecha de la inscripción de la candidatura. Es irrelevante, para el efecto que tal intervención hubiere ocurrido antes, aun cuando los contratos que se celebren se ejecuten dentro de los... anteriores a la inscripción. Lo que constituye causa de inhabilidad es la

intervención en la celebración de los contratos dentro de ... anteriores a la inscripción, no la ejecución dentro de ese término de los contratos que hubieren sido celebrados:"

"Al decir asunto semejante ... esta Sala, mediante Sentencia del 13 de abril de 1987, entre otras, explico que era preciso establecer separación y distinción entre dos actividades: la celebración de un contrato, esto en su nacimiento y su ejecución, desarrollo y cumplimiento, y que para los efectos de la inhabilidad había de tenerse en cuenta la actuación que señalaba su nacimiento, sin consideración a los tratos de su desenvolvimiento de donde debía acreditarse no solo la existencia de la relación contractual sino, además la fecha de su origen, en vista de que su elemento temporal o esencial para configurar el impedimento legal. En síntesis, dijo la sala: La inhabilidad para ser elegido nace el día de la celebración del contrato con la administración, pero no puede extenderse más allá, por obra y gracia de su ejecución" (Resaltado nuestro)

El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, mediante sentencia con número de radicación: 11001-03-28-000-2003-0041-01(3171) de fecha dieciocho (18) de diciembre de dos mil tres (2003) Consejero ponente: DARÍO QUIÑONES PINILLA, en cuanto a las inhabilidades del Gobernador expresó:

"La causal de inhabilidad que propone el demandante es la del artículo 30.4 de la Ley 617 de 2000 y la deriva del hecho según el cual el demandante intervino en la celebración de un contrato estatal, en interés propio, el que se ejecutó o cumplió en el Departamento de Nariño. La causal de inhabilidad por la celebración de contratos prevista en esa disposición exige que se reúnan los siguientes presupuestos: a) Que el elegido haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel. b) Que esa intervención se haya efectuado dentro del año anterior a la fecha de la elección. c) Que el contrato o contratos se hayan celebrado en interés propio o en el de terceros, y d) Que el contrato o contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. Mediante documento público acompañado con la demanda se demuestra la celebración del mencionado contrato. De manera que con esa prueba se deduce la manifiesta violación del numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 y, por consiguiente, el elegido como Gobernador del Departamento de Nariño incurrió en la consiguiente causal de inhabilidad consagrada en esa norma, pues se encuentran reunidos los presupuestos, conforme a lo siguiente: a) El Señor Zúñiga Erazo intervino en la celebración de un contrato con una entidad pública del nivel nacional - el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA-. b) La intervención del Señor Zúñiga Erazo en la celebración del contrato se efectuó dentro del año anterior a la elección, pues aquel fue celebrado el 30 de octubre de 2002 y su elección como Gobernador se llevó a cabo el 26 de octubre de 2003. c) El contrato se celebró en interés propio del señor Zúñiga Erazo, dado que intervino directamente aduciendo su condición de propietario del inmueble arrendado y, por consiguiente, resultó beneficiario de las prestaciones económicas pactadas en el mismo, y d) El contrato se ejecutó en el Departamento de Nariño, pues el inmueble arrendado se encuentra ubicado en la ciudad de Pasto, su capital. De manera que demostrada la violación manifiesta del numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 y la correspondiente causal de inhabilidad establecida en esa norma, por razón de la celebración del mencionado contrato de arrendamiento por parte del demandado, procede la suspensión provisión del acto administrativo que declaró la elección demandada."

Atendiendo a las normas y sentencia citadas, se concluye que la referida inhabilidad se configura cuando dentro del año anterior a la elección se ha intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel y adicionalmente que dicho contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento; es decir, se configurará esta inhabilidad sin importar si la entidad con la cual fue suscrito el contrato es del nivel nacional o territorial siempre que éste haya sido suscrito o celebrado dentro del año anterior a la elección y deba ejecutarse, es decir, llevarse a cabo su objeto, en el respectivo departamento.

Causal 5

5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales 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 departamento.

De acuerdo con la norma anteriormente transcrita, no podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como gobernador quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento.

Los conceptos de autoridad civil, política y dirección administrativa se encuentran definidos en la Ley 136 de 1994, de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 188. AUTORIDAD CIVIL. 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 si o por delegación.

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

"ARTÍCULO 189. AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.”

“ARTÍCULO 190. DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA. 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.”

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia N°: 130012331000 2007-00800-01 del 20 de febrero de 2009, C.P.: Susana Buitrago Valencia, ha señalado que si bien los criterios de autoridad política y administrativa, previstos en los artículos 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, están dictados originalmente respecto al orden municipal, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que esa circunstancia no es óbice para que los referidos criterios puedan ser tenidos en cuenta respecto de la noción que contienen, en asuntos del orden departamental, como quiera que el legislador no los define en relación con dicho nivel seccional, situación que permite acudir al Estatuto Municipal a título de referente conceptual, en el siguiente sentido:

“Ahora, como dentro del proceso se debate el ejercicio de autoridad civil, política y administrativa por parte del gobernador en un determinado municipio, y como quiera que para el nivel seccional el legislador no ha expedido disposiciones que definan cada uno de esos conceptos, resulta pertinente acudir a lo que sobre el particular tiene prescrito la Ley 136 de 1994 en sus artículos 188, 189 y 190, pues por tratarse de situaciones y materias análogas el operador jurídico bien puede acudir a los mismos, posición que ha sostenido la Sección de tiempo atrás:

“Aunque el legislador no se ha ocupado de identificar en el orden departamental qué funcionarios ejercen autoridad civil, política o administrativa, como tampoco qué ha de entenderse por ella, por conducto de la analogía prevista en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, es factible acudir a las acepciones dadas sobre tales temas por la Ley 136 de 1994 para el nivel local.”¹²

Igualmente ha sostenido:

“En torno a los conceptos de autoridad civil o administrativa los únicos referentes legislativos se hallan en los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994, que pese a ser el precepto “Por el cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios” (Resalta la Sala), por analogía legis pueden ser empleados para tener una aproximación a lo que por dichos conceptos ha de entenderse en el plano departamental.”¹³

Pero no ha sido solamente la Sección Quinta la que ha mantenido esa posición integradora frente a la posibilidad de que los criterios de autoridad previstos en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 se apliquen para otros niveles de la administración pública, distintos a los del nivel local, ya que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha admitido de vieja data y en diferentes fallos que los criterios de autoridad dispuestos en aquellas normas sirvan igualmente para determinar el contenido y alcance del régimen de inhabilidades de los congresistas (Art. 179 C.N.), cuando se decide sobre la pérdida de investidura de un Congresista de la República (Arts. 183 y 184 C.N.), acudiendo precisamente a lo previsto en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, en otras palabras admitiendo que la analogía legis sí es de recibo en materias relativas a las inhabilidades.”

Con respecto a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, es importante precisar que el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto con número de Radicación No. 413 del 5 de Noviembre de 1991, expresó:

“La nueva Constitución, que no menciona específicamente, como lo hacía la anterior, determinados cargos genéricamente dispone que no podrán ser elegidos congresistas “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 (Artículo 179); tampoco gobernadores quienes ejerzan esos mismos cargos en los seis meses que precedan a las votaciones (Artículo 18 Transitorio)

En realidad, como se afirma en el contexto de la consulta, la nueva Constitución agregó a los cargos con autoridad civil, política o militar los que implican el ejercicio de la autoridad administrativa.

5. Los cargos con autoridad, a que se refiere la constitución tienen las siguientes características:

a) Los cargos con autoridad política, son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidente de la Republica, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno.

b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que correspondan a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la Nación defensor del pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil.

c) Los cargos con autoridad militar son todos los que, pertenecen a la Fuerza Pública, según el artículo 216 de la Constitución, tienen jerarquía y mando militar.

d) La autoridad civil corresponde, en principio, a todos los cargos cuyas funciones no implican ejercicio de autoridad militar.

Pero algunos cargos implican el ejercicio exclusivo de autoridad civil. Tal es el caso de los jueces y magistrados, de los miembros del Consejo Superior de la Judicatura que, con fundamento en la Constitución, organice la ley, del Fiscal General y de los demás empleos con autoridad, de la Fiscalía General.

e) Los miembros del Congreso están excluidos de esta clasificación porque, aunque sus cargos implican ejercicio de autoridad política, según la Constitución, pueden ser elegidos gobernadores y reelegidos como senadores y representantes.

5º) Sin embargo, la Sala considera que, aunque la Constitución se refiere a los empleos con autoridad en la forma disyuntiva, antes indicada, ello no obsta para que algunos de ellos impliquen, según el mismo Estatuto, el ejercicio concurrente de todas o alguna de las modalidades específicas que asume la autoridad". (Subrayado fuera de texto)

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en sentencia de fecha 20 de agosto de 2004, Radicación número: 50001-23-31-000-2004-0008-01(PI), respecto al concepto de autoridad civil, sostuvo:

"En torno al tema, esta Corporación, en sentencia de 1º de febrero de 2000 (Expediente AC-7974, Actor: Manuel Alberto Torres Ospina, Consejero ponente doctor Ricardo Hoyos Duque), hizo las siguientes precisiones que, por su importancia y pertinencia, se reiteran en esta oportunidad: "...La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que 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....El concepto de autoridad civil no resulta excluyente sino comprensivo de la autoridad administrativa que relacionada con las potestades de servidor público investido de función administrativa, bien puede ser, y por lo general es, al mismo tiempo autoridad civil. En otros términos, si bien los conceptos de autoridad militar y jurisdiccional tienen contornos precisos, los linderos se dificultan tratándose de la autoridad política, civil y administrativa. Entendida la primera como la que atañe al manejo del Estado y se reserva al Gobierno (art. 115 C.P.) y al Congreso (art. 150 íbidem) en el nivel nacional, no queda duda de que la autoridad civil es comprensiva de la autoridad administrativa sin que se identifique con ella, pues entre las dos existirá una diferencia de género a especie. Una apreciación distinta conduciría a vaciar completamente el contenido del concepto autoridad civil, pues si ella excluye lo que se debe entender por autoridad militar, jurisdiccional, política y administrativa no restaría prácticamente ninguna función para atribuirle la condición de autoridad civil...". Igualmente, en el proveído mencionado la Sala señaló que "... 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. En consecuencia, lo que pretende la institución constitucional es impedir que la influencia sobre el electorado proveniente del poder del Estado se pueda utilizar en provecho propio...o en beneficio de parientes... pues tales circunstancias empañarían el proceso político-electoral, quebrantando la igualdad de oportunidades de los candidatos...". (Subrayado fuera de texto)

Se consulta al Departamento: ¿Puede el hermano de un Alcalde de un municipio postularse para ser elegido Gobernador del Departamento al cual pertenece dicho municipio? ¿Igualmente estaría inhabilitado si el hermano del candidato ocupa un cargo Directivo de un organismo de control del departamento para el cual se postuló? Radicado.10492/2003 (EE Radicación. 5623 del 24 de julio de 2003), conceptuando:

"estará inhabilitado para ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento

En este orden de ideas la persona que aspira a ser Gobernador de Departamento, hermano del Alcalde de un municipio perteneciente al mismo departamento, estará inhabilitado para ser elegido Gobernador en las próximas elecciones si dicho Alcalde (hermano) no renunció a su cargo antes de los 12 meses anteriores a la elección.

Respecto al literal b) de la consulta si en el cargo directivo administrativo en el Órgano de Control departamental que ostenta el hermano del candidato a la Gobernación las funciones y el diseño jerárquico del empleo le otorgan potestad de mando, de dirección, autonomía decisoria, actividades de Dirección Administrativa, es decir, que está autorizado para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos departamentales; 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; estará inhabilitado para postularse como candidato para ser elegido Gobernador, si no han transcurrido 12 meses a partir de la renuncia al cargo directivo administrativo, hasta la fecha en que se celebre la elección (Ley 617 de 2000).

Causal 6

6. Quien haya desempeñado el cargo de contralor departamental o procurador delegado en el respectivo departamento durante un período de

doce (12) meses antes de la elección de gobernador.

De acuerdo con la norma anteriormente citada, no podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como gobernador haya desempeñado el cargo de contralor departamental o procurador delegado en el respectivo departamento durante un período de doce (12) meses antes de la elección de gobernador.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: *¿Un Contralor Departamental se encuentra inhabilitado para ser elegido Gobernador? A la que se le dio respuesta mediante el concepto con radicado 20146000063891 del 20 de mayo de 2014, concluyendo:*

“De acuerdo con la normativa anterior, las funciones del Gerente Departamental de la Contraloría General de la República se refieren al ejercicio de la dirección administrativa y financiera de la organización administrativa desconcentrada de la Contraloría en los términos de la delegación concedida por el Contralor General; a la representación de los Contralores Delegados y al Contralor General en su respectivo departamento en los asuntos de enfoque, orientación y resultados de la vigilancia fiscal; supervisión de los grupos de auditores y las actividades del jefe auditor en su respectivo Departamento, velar por el buen funcionamiento del sistema de control interno de la Contraloría General en su organización desconcentrada en el departamento que corresponda, entre otras, que denotan claramente el ejercicio de dirección administrativa en el departamento.

Nótese además, que según el Decreto-Ley 267 de 2000, las Gerencias Departamentales forman parte integral del nivel directivo de la Contraloría General de la República y en tal carácter, tienen injerencia en distintos ámbitos de actuación, en la formulación de políticas, en la orientación y conducción institucional y en las funciones de control, seguimiento y evaluación, así como las tareas de dirección de las actividades de ejecución.

Otro aspecto a tenerse en cuenta es que el departamento en el cual el Gerente de la Contraloría Departamental ejerce autoridad sea el mismo en el cual tenga su aspiración para ser Gobernador.

De acuerdo con lo anterior, esta Dirección considera que el aspirante a Gobernador incurre en la inhabilidad prevista en el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, siempre y cuando el departamento en el cual fue Contralor Departamental sea el mismo en el cual pretende postularse para ser elegido Gobernador.

Con el fin de no incurrir en dicha inhabilidad, debió presentar renuncia al cargo doce (12) meses antes de la fecha de elección.

Causal 7

7. Quien haya desempeñado los cargos a que se refiere el Artículo 197 de la Constitución Nacional.

Los cargos a que hace referencia el artículo 197 de la Constitución Nacional:

Ministro, Director de Departamento Administrativo, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, o del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Comandantes de las Fuerzas Militares, Director General de la Policía, Gobernador de Departamento o Alcaldes.

El Consejo de Estado a sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta, en sentencia del 29 de mayo de 2003, radicación número 11001-03-28-000-2003-00014-01(3111), Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón. Con respecto a la procedencia de inhabilidad por desempeño como gobernador encargado, señalo:

“la limitante de no crear un régimen de inhabilidades menos riguroso del previsto para el Presidente de la República, el constituyente facultó al legislador para determinarlo respecto del Gobernador. Es así como, en ejercicio de tal facultad, se expidió la Ley 617 de 2000 que en el numeral 7 de su artículo 30 tipificó, en concordancia con el artículo 197 de la Constitución Política, como una de las causales de inhabilidad para ser designado Gobernador, haber desempeñado dicho cargo sin que tenga incidencia la modalidad bajo la cual se le haya nombrado, esto es, en encargo o en propiedad. Cabe resaltar que en la citada Ley la prohibición se extiende tanto para la inscripción como candidato a Gobernador como para la elección o designación a dicha dignidad”

Esta Dirección Jurídica mediante el concepto No. 20146000096231 del 21 de julio de 2014 con relación al interrogante *¿El Alcalde de un municipio puede postularse para ser elegido Gobernador del Departamento?*, señalo:

“Por lo anterior, en criterio de esta Dirección no podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador quien haya desempeñado los cargos a que se refiere el artículo 197 de la Constitución Nacional, por tal razón el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido el cargo de Alcalde no podrá postularse a la candidatura como Gobernador; esto significa que el Primer Mandatario del municipio tendría que renunciar al cargo un año antes de la elección al cargo de Gobernador.

1.9.2. INHABILIDADES PARA SER ELEGIDO EN EL CARGO DE DIPUTADO.

Respecto de las inhabilidades para ser elegido en el cargo de diputado, la Constitución Política, señala:

“ARTÍCULO 299. Modificado. A.L. 1/2007, art. 3º. 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. (Subraya fuera de texto)

Por su parte, la Ley 617 de 2000 indica:

“ARTÍCULO 33.- De las inhabilidades de los diputados.- No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:

1. Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

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

3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental 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 departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior 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 departamento.

5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales 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 departamento. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo departamento en la misma fecha. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-325 de 2009, y sustituido por la expresión "tercer grado de consanguinidad".

Con el fin de desarrollar el tema, a continuación se expondrán algunas sentencias de las altas cortes; así como conceptos relevantes respecto de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas para los aspirantes a ser elegidos en el cargo de diputado.

Ahora bien, como quiera que las causales 1 y 2 han sido desarrolladas en el acápite correspondiente a las inhabilidades del gobernador, no trataremos el tema.

Causal 3.

3.- Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

De acuerdo con la norma, no podrá ser inscrito como candidato al cargo de diputado, quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, así mismo, quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental 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 departamento.

El Consejo de Estado en Sentencia, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación número: 250002324000200301122 01, veintiocho (28) de julio de dos mil cinco (2005). Consejero Ponente: DARÍO QUIÑONES PINILLA, respecto a la concepción de la autoridad civil y autoridad administrativa

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: *¿Con qué antelación debe presentar la renuncia un empleado público del nivel profesional, para aspirar a ser elegido diputado?* A la que se le dio respuesta mediante el concepto con radicado 20146000162911 del 5 de Noviembre de 2014, concluyendo:

“De conformidad con lo expuesto, si una vez revisadas las funciones asociadas a su cargo, el interesado advierte que ejerce autoridad civil o administrativa en el municipio o departamento donde aspira ser elegido concejal o diputado, deberá renunciar a su cargo al menos 12 meses

antes de las elecciones locales, para no inhabilitarse en sus aspiraciones políticas.

En el evento que no ejerza autoridad civil, política o administrativa en el territorio donde se va a postular como candidato, deberá presentar renuncia a su empleo antes del día de la inscripción suya como candidato, toda vez que no podría participar en política como empleado público, teniendo en cuenta las disposiciones existentes sobre prohibición de participación o intervención en política de los servidores públicos."

Causal 4.

4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental 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 departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior 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 departamento.

El numeral 4 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 únicamente aplica para quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental 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 departamento, o para quien dentro del año anterior 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 departamento.

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 Buritica, 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 ejecución"⁸ [8]. 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.⁹ [9]." (Subrayado fuera de texto)

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: *¿Existe inhabilidad para ser diputado por razón de estar vinculado mediante contrato de prestación de servicios profesionales?* A la que se le dio respuesta mediante el concepto con radicado 20146000073981 del 9 de Junio de 2014, concluyendo lo siguiente:

"De acuerdo con el anterior pronunciamiento, que 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 y no su ejecución.

De tal forma, es necesario determinar en qué fecha se realizó la celebración del contrato que actualmente se está ejecutando, es decir, de haberse celebrado dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección, se configuraría la inhabilidad, pero si dicha celebración se realizó anteriormente, no estaría inhabilitado para aspirar a la Asamblea departamental.

Otro aspecto a tener en cuenta, es que el contrato respectivo se hubiere ejecutado o cumplido en el departamento en el cual aspira ser elegido Diputado.”

Causal 5.

5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales 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 departamento. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo departamento en la misma fecha. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-325 de 2009, y sustituido por la expresión "tercer grado de consanguinidad".

De acuerdo con la norma y la jurisprudencia de la Corte Constitucional citadas, se encuentra inhabilitado para ser elegido diputado quien tenga vínculo de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro del año inmediatamente anterior a la elección haya ejercido autoridad civil, política o administrativa en el respectivo Departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales 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 departamento. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo departamento en la misma fecha.

Respecto de las inhabilidades para ser elegido en el cargo de diputado, se pronunció el Consejo de Estado mediante sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 4 de junio de 2009, Radicación número: 54001-23-31-000-2007-00376-01, Consejero Ponente FILEMON JIMENEZ OCHOA.

Frente al tema, se elevó la siguiente consulta a este Departamento ¿Existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para un aspirante a ser elegida diputado si su pariente (hermana) es empleada pública del nivel directivo una entidad del nivel nacional? A la que se le dio respuesta mediante el concepto con radicado 20146000151571 del 20 de Octubre de 2014, concluyendo lo siguiente:

“De acuerdo con lo expresado, es viable concluir que si una vez analizadas las funciones del empleo, el interesado advierte que las mismas conllevan actividades que denotan autoridad civil, política o administrativa o se trata de un empleo en calidad de 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 departamento, su pariente (hermana) deberá presentar su renuncia al mismo para no inhabilitar la postulación de su pariente al cargo de diputado.

En el evento que se advierta que el empleo no conlleva actividades que deriven en autoridad civil, política o administrativa, o que no se trate de un empleo en calidad de 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 departamento, su pariente (hermana) podrá continuar en el mismo, toda vez que no inhabilita la postulación de su pariente (hermano) en las elecciones locales que se desarrollan con el fin de elegir los integrantes de la asamblea departamental.”

1.9.3. INHABILIDADES PARA SER ELEGIDO EN EL CARGO DE ALCALDE.

Respecto de las inhabilidades para ser elegido alcalde municipal, la Ley 617 de 2000, establece:

“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:

1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

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.

4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales 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.

5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un período de doce (12) meses antes de la fecha de la elección"

Con el fin de desarrollar el tema, a continuación se expondrán algunas sentencias de las altas cortes; así como conceptos relevantes respecto de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas para los aspirantes a ser elegidos en el cargo de alcalde municipal.

Respecto de la primera causal de inhabilidad que prevé la norma, es preciso señalar que como quiera que fue atendida en el acápite del gobernador, no será resuelta en el presente punto.

Causal 2

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

De acuerdo con la norma, no podrá ser inscrito como candidato al cargo de alcalde municipal, quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, así mismo, quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

Respecto del ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar en el ejercicio de un empleo público, el Consejo de Estado se pronunció mediante concepto No. 1.831 del 5 de julio de 2007, Consejero Ponente Dr. Gustavo Aponte Santos.

Frente al tema, se elevó la siguiente consulta a este Departamento ¿Existe algún tipo de inhabilidad para el aspirante a ser elegido en el cargo de alcalde municipal en el caso de ostentar 12 meses antes de las elecciones un empleo en el nivel directivo de una Corporación Autónoma Regional que tiene jurisdicción en el municipio donde se realizaran las elecciones locales? A la que se le dio respuesta mediante el concepto con radicado 20146000179521 del 03 de Diciembre de 2014, concluyendo lo siguiente:

"Así las cosas, es viable concluir que si una vez analizadas las funciones del empleo, el interesado advierte que las mismas conllevan actividades que denotan autoridad civil, política o administrativa o se trata de un empleo en calidad de 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, deberá presentar su renuncia al cargo para no inhabilitarse en sus aspiraciones políticas.

En el evento que se advierta que el empleo no conlleva actividades que deriven en autoridad civil, política o administrativa, o que no se trate de un empleo en calidad de 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 conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 de la Constitución política, como quiera que los servidores públicos no podrán tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio, deberá renunciar y estar separados de su cargo antes de realizar la inscripción de su candidatura para las elecciones locales."

Causal 3:

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 conformidad con la norma citada, para que se configure la señalada inhabilidad se requiere que la persona dentro de los doce meses anteriores 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.

Respecto de la diferencia entre la celebración y suscripción de contratos, se pronunció el Consejo de Estado en Sentencia del 31 de agosto de

2006, radicado 4033, Magistrado Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá.

Frente al tema, se elevó la siguiente consulta a este Departamento ¿Con cuánto tiempo de antelación debe retirarse un contratista para postularse como candidato a Alcalde de un Municipio? A la que se le dio respuesta mediante el concepto con radicado 20146000132691 del 19 de Septiembre de 2014, concluyendo lo siguiente:

“De acuerdo con el anterior pronunciamiento, que 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 y no su ejecución.

De tal forma, es necesario determinar en qué fecha se realizó la celebración del contrato que actualmente se está ejecutando, es decir, de haberse celebrado dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección, se configuraría la inhabilidad, pero si dicha celebración se realizó anteriormente, no estaría inhabilitado para aspirar a la Alcaldía.”

Causal 4.

4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales 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 lo anterior puede inferirse que no podrá ser inscrito como candidato ni elegido Alcalde Municipal o distrital quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito.

Respecto de la circunscripción territorial, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia con Rad. No. 11001-03-15-000-2010-01055-00 del 15 de febrero de 2011, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, indicó que la circunscripción se refiere a la división de un territorio para efectos de concretar derechos, adelantar funciones y competencias.

Frente al tema, se elevó la siguiente consulta a este Departamento ¿Existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para un aspirante a ser elegida diputado si su pariente (hermana) es empleada pública del nivel directivo una entidad del nivel nacional? A la que se le dio respuesta mediante el concepto con radicado 20146000176711 del 28 de Noviembre de 2014, concluyendo lo siguiente:

“De conformidad con lo expuesto, si una vez revisadas las funciones asociadas al cargo que hace alusión en su escrito, el interesado advierte que ejerce autoridad civil o administrativa en el municipio donde su pariente dentro del segundo grado de consanguinidad aspira ser elegido alcalde, deberá renunciar a su cargo al menos 12 meses antes de las elecciones locales, para no inhabilitar a su pariente en sus aspiraciones políticas.”

Causal 5.

5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un período de doce (12) meses antes de la fecha de la elección.

De acuerdo con la anterior norma, no es viable que quien un año antes se desempeñó como contralor municipal o personero sea elegido como alcalde.

Respecto de la inhabilidad del Personero para ser elegido Alcalde el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, mediante sentencia Radicación número: 15001-23-31-000-2000-2868-01(2818) de 7 de marzo de 2002. Consejero Ponente: Mario Alario Méndez.

Frente al tema, se elevó la consulta a este Departamento tendiente a establecer la viabilidad para que un Personero aspire a ser elegido Alcalde del mismo municipio. A la que se le dio respuesta mediante el concepto con radicado 20146000147381 del 10 de Octubre de 2014, concluyendo lo siguiente:

“En este orden de ideas, según lo establecido en la norma y lo señalado por el Consejo de Estado en cuanto a que las incompatibilidades establecidas para los Alcaldes se hacen aplicables a los Personeros, esta Dirección ha considerado que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38, numeral 7, de la Ley 617 de 2000, el Personero de un municipio no podrá inscribirse a ningún cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido.

En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7º tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción. Dicho término también aplica en caso de la elección de Concejales o de otro cargo de elección popular.”

1.9.4. INHABILIDADES PARA SER ELEGIDO EN EL CARGO DE CONCEJAL

Respecto de las inhabilidades de los Concejales dispone la Ley 617 de 2000

ARTÍCULO 40. *De las inhabilidades de los Concejales.* El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

"ARTÍCULO 43. *Inhabilidades:* No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

Causal 1.

1. *Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.*

El Consejo de Estado en Concepto No 1797 de diciembre 14 de 2006, de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Magistrado ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, respecto a la Inhabilidad por condena a pena privativa de la libertad, expresó:

"Alcance de la causal de inhabilidad prevista en el artículo 30.1 de la ley 617 de 2000.

Las causales de inhabilidad son situaciones concretas previas a la inscripción, elección o designación de una persona en un cargo o empleo público, que se constituyen en prohibiciones para acceder a la función pública y cuya ocurrencia, por ende, implica la inelegibilidad de aquélla y con más veras la imposibilidad de tomar posesión¹.

La inhabilidad por condena la consagran diversas normas constitucionales: para ser Congresista el arto 179.1 y en caso de concurrir en el elegido, genera la pérdida de la investidura, arto 183 ibídem) -; es causal de inelegibilidad del Presidente de la República - arto 197 - y del Contralor General de la República - art. 267 -, Y el artículo 122 - modificado por el Acto Legislativo No. 1 de 2004 - establece que "(...) no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado"²

Con respecto a la consulta relacionada con si *¿Existe impedimento para que una persona condenada penalmente aspire y sea elegida como Concejal?*, este Departamento Jurídico se pronunció mediante concepto con radicado No. 20116000087241 del 12 de agosto de 2011, en el que se concluyó:

"De conformidad con las normas transcritas, por regla general, la persona que haya sido condenada en cualquier tiempo por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado, sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrá ser elegida, ni designada como servidor público ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con entidades del Estado; lo anterior se consagra como una inhabilidad permanente para los servidores que hubieren sido condenados por delitos contra el patrimonio del Estado.

Ahora bien, respecto de la pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, tenemos que se encuentra como una inhabilidad permanente para los aspirantes al Concejo Municipal o Distrital; de modo que si bien es cierto, para su caso puede estar extinguida la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, se encuentra vigente el antecedente de la condena por un delito distinto de los políticos o culposos, lo cual se encuentra contemplado como una de las causales de impedimento de la norma.

Causal 2.

2. *Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.*

De acuerdo con la normativa anteriormente transcrita, se puede inferir que no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado Concejal, quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, al igual quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

Con relación a la citada inhabilidad donde se preguntó: *¿Se encuentra inhabilitado para aspirar al Concejo municipal, un empleado público vinculado actualmente en una Secretaría municipal del mismo ente territorial?* este Departamento Jurídico se pronunció mediante el concepto No. 20146000163111 del 5 de noviembre de 2014, señalando:

"Para el caso objeto de consulta, una vez analizadas las funciones del empleado que se transcribieron en este oficio, esta Dirección considera que el mismo si ejerce jurisdicción o autoridad en el municipio en el cual pretende postularse para ser elegido Concejal, por tal motivo, con el fin de no incurrir en la inhabilidad contemplada en el numeral 2° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, deberá presentar su renuncia antes de los doce (12) meses que anteceden la respectiva elección.

Causal 3.

3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital 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 o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior 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 en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.

Es considerada como inhabilidad para ser concejal del nivel municipal o distrital quien haya celebrado contratos con entidades públicas de cualquier nivel que deban ejecutarse en el respectivo municipio o distrito. Sobre el particular, y respecto de la inquietud que se elevará ante la Dirección Jurídica, en sentido de indicar *¿Un contratista del municipio de Bello se encuentra inhabilitado para aspirar a ser elegido Concejal del mismo municipio?* Mediante concepto con radicado No. 20146000082521 del 26 de junio de 2014, se indicó:

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 y no su ejecución

Por lo tanto, en concepto de esta Dirección, estará inhabilitado para ser elegido Concejal quien dentro del año anterior a la elección haya celebrado contrato con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito, entendiéndose por celebración el nacimiento del contrato, sin que interese que tiempo se tarde en su ejecución.

Para que constituya causa de inhabilidad se requiere que el contrato se celebre con entidades públicas y se ejecute o cumpla en el respectivo Municipio respecto del cual se aspira a ser elegido Concejal.

Por lo tanto, se considera que la persona que haya celebrado contrato con el municipio en el cual espera ser elegido concejal, dentro del año anterior a la elección, con entidades públicas estará incurso en la inhabilidad establecida en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Causal 4.

4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha."

De lo anterior puede inferirse que no podrá ser inscrito como candidato ni elegido Concejal municipal o distrital, quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, (padres hijos, hermanos) primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito.

Con relación a la citada inhabilidad y respecto a la solicitud de conceptuar sobre: *¿Inhabilidad para aspirar al concejo municipal teniendo en cuenta que el esposo es odontólogo de la ESE del mismo municipio?*, este Departamento Jurídico se pronunció mediante el concepto No. 20146000175731 del 26 de noviembre de 2014, señalando:

"...en criterio de esta Dirección Jurídica es preciso concluir que si el odontólogo vinculado a la Empresa Social del Estado del municipio desarrolla funciones de autoridad civil, política y administrativa, estaría obligado a renunciar como mínimo con doce (12) meses anteriores a las elecciones, en caso contrario, no se configuraría ninguna inhabilidad, y por lo tanto, podría ser elegida concejal sin perjuicio del empleo desarrollado por su esposo.

1.9.5. INHABILIDADES PARA SER ELEGIDO EN EL CARGO DE EDIL

Las inhabilidades para ser elegido Edil se encuentran relacionadas en la Ley 136 de 1994 en su artículo 124.

"ARTÍCULO 124. INHABILIDADES. Sin perjuicio de las demás inhabilidades que establezcan la Constitución y la ley, no podrán ser elegidos miembros de Junta Administradora Local quienes:

A continuación analizaremos cada una de las causales refiriendo la jurisprudencia relacionada si la hay, y las preguntas más frecuentes elevadas y la respuesta a la misma.

Causal 1.

1. *Hayan sido condenados a pena privativa de la libertad dentro de los diez (10) años anteriores a la elección, excepto en los casos de delitos culposos o políticos.*

De la causal en cita, puede concluirse que la persona que haya sido condenada en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad dentro de los diez (10) años anteriores a la elección, excepto por delitos políticos o culposos, no podrá ser elegida, edil.

Causal 2.

2. Hayan sido sancionados con destitución de un cargo público, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos (2) veces por faltas a la ética profesional o a los deberes de un cargo público.

De conformidad con la causal citada anteriormente, se entiende que no podrá ser elegido Edil, quien hayan sido sancionados con destitución de un cargo público, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos (2) veces por faltas a la ética profesional o a los deberes de un cargo público.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: *¿Se encuentra inhabilitada una persona para aspirar a ser elegido Concejal Municipal o Edil, en razón de que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca emitió un fallo en el cual se le revoca la sanción disciplinaria para ocupar cargos de elección popular? Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20146000117781 del 28 de agosto de 2014, concluyendo:*

“Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica una persona a la cual se le revoco una sanción disciplinaria para ocupar cargos de elección popular podrá inscribir su nombre como candidato a las elecciones tanto para el Concejo como para las Juntas Administradoras Locales, toda vez que no se configura la inhabilidad contemplada en el numeral 1° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, así como tampoco la inhabilidad establecida en el numeral 2 del artículo 124 de la Ley 136 de 1994.”

La Corte Constitucional en sentencia C- 544 de 2005 respecto a las inhabilidades, preceptuó:

“En principio, es indispensable recordar que las inhabilidades son prohibiciones de acceso a la función pública. Una inhabilidad es una circunstancia fáctica cuya verificación le impide al individuo en el que concurre acceder a un cargo público. Su finalidad no es otra que la de preservar la pulcritud de la administración pública, garantizar que los servidores públicos sean ciudadanos de comportamiento ejemplar y evitar que sus intereses personales se involucren en el manejo de los asuntos comunitarios, comprometiendo la imparcialidad, moralidad, igualdad y eficiencia de la Administración. Como lo ha dicho la Corte, “...con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad.”

En este contexto, el eje axiomático de la inhabilidad gira en torno a los intereses de la Administración Pública. Éste es el énfasis de las normas que describen las condiciones por las cuales ciertos particulares no pueden acceder a un cargo en el Estado, pues lo que inspira la creación de una inhabilidad es, fundamentalmente, la realización de los principios que guían el manejo de la cosa pública y la protección de los intereses que en esta se involucran.

Desde este punto de vista y atendiendo a dicha teleología, la jurisprudencia constitucional distingue dos tipos de inhabilidades: en primer lugar, están las inhabilidades que se configuran como consecuencia de concurrir en el individuo aspirante a un cargo público, circunstancias de naturaleza personal. Es el caso de la existencia de parentescos –verificado por ejemplo en el artículo 126 de la Constitución Política- que impiden el ejercicio de cargos públicos simultáneos o la nominación de una persona a un cargo del Estado, por parte de un servidor público con quien la une un lazo de consanguinidad o afinidad.

El segundo grupo de inhabilidades sí tiene un componente sancionatorio, pues las circunstancias que impiden a los individuos acceder a un determinado cargo se derivan de la reprochabilidad penal, disciplinaria, contravencional, correccional o de punición por indignidad política de su conducta.

Sobre la distinción que acaba de mencionarse, la Corte Constitucional ha dicho:

La Corte ha distinguido dos tipos de inhabilidades atendiendo al bien jurídico protegido o a la finalidad de la limitación: una primera clase agrupa los casos en que se establecen limitaciones para acceder a cargos públicos con fundamento en conductas jurídicamente reprochables llevadas a cabo por el inhabilitado; al paso que en la segunda clase la limitación para acceder a un cargo no se vincula con ninguna conducta previa de quienes resultan inhabilitados, sino que aquí simplemente se consagran requisitos que persiguen lograr la efectividad de los principios y valores constitucionales. Dentro de la primera categoría se encuentran, por ejemplo, las inhabilidades por la comisión anterior de delitos y dentro de la segunda las inhabilidades por vínculos familiares. Sentencia C-1062 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

De lo anterior se desprende entonces que existen dos clases de inhabilidades y que una de ellas, por sus connotaciones y origen, ha sido considerada por la Corte como de contenido sancionatorio.

Con todo, el hecho de que las inhabilidades de este grupo tengan contenido sancionatorio no significa que pierdan su condición primordial: siguen siendo prohibiciones de acceso a cargos públicos que, aunque se originan en una sanción, condicionan negativamente el acceso a un cargo público en defensa de la probidad de la Administración y en procura de que quienes ocupan los diferentes estamentos de la burocracia sean personas idóneas que garanticen la realización de los principios de moralidad, transparencia, eficiencia e imparcialidad.

Este énfasis pretende resaltar que como las inhabilidades de origen sancionatorio no pierden su condición de inhabilidades, la razón de ser de su

existencia sigue siendo -de manera fundamental- la protección del interés público, no tanto la represión de la falta. En otras palabras, el hecho de que la inhabilidad se apoye sobre la sanción no desdibuja la finalidad de la misma, cual es la de introducir una norma preventiva, de contenido prohibitivo, que impida que los cargos de manejo de la cosa pública queden en manos de individuos cuya credibilidad moral o profesional se encuentra en entredicho.

Es esta la razón por la cual la Corte Constitucional ha señalado, ya en varios pronunciamientos, que los antecedentes disciplinarios -al igual que los penales- de los aspirantes a ocupar cargos públicos, pueden ser tenidos en cuenta por el legislador para estructurar las inhabilidades que considere pertinentes.” (Subrayado y negrilla nuestro)

Causal 3.

3. Sean miembros de las corporaciones públicas de elección popular, servidores públicos o miembros de las Juntas y consejos directivos de las entidades públicas.

De acuerdo con esta causal anterior, la prohibición se fundamenta en el impedimento en que los miembros de Corporaciones públicas de elección popular, servidor público o miembros de las Juntas y consejos directivos de las entidades públicas, postulen sus nombres para ser elegidos Ediles.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: ¿Un Trabajador Oficial de una Empresa Industrial y Comercial de un municipio, puede ser elegido Edil de una Localidad? Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20106000082011 del 20 de Octubre de 2010, en el cual se concluyó:

“Con el fin de ampliar el concepto antes citado, teniendo en cuenta el numeral 3º del Artículo 124 de la ley 136 de 1994, que establece que no podrán ser elegidos miembros de Junta Administradora Local quienes sean miembros de las corporaciones públicas de elección popular, servidores públicos o miembros de las Juntas y consejos directivos de las entidades públicas, esta Dirección considera que la norma no determina si los servidores públicos deben ser del nivel nacional, departamental o municipal, por tal razón se deduce que ninguna persona que tenga la calidad de servidor público (Empleado o trabajador oficial) puede ser elegido miembros de Junta Administradora Local, esto significa que tendría que renunciar al cargo con anterioridad al día de su inscripción como candidato a ser miembro de Junta Local, ya que como empleado no podría tomar parte en la controversia política.

Es preciso señalar que servidores públicos no podrán tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio; por tal razón, ningún empleado público podrá intervenir en política, hasta tanto el legislador no expida la ley estatutaria que establezca las condiciones en que se permitirá su participación (Artículo 127 de la Constitución Política).”

1.10. OTROS CARGOS DE ELECCION EN EL NIVEL TERRITORIAL

1.10.1. INHABILIDADES PARA SER ELEGIDO EN EL CARGO DE CONTRALOR DEPARTAMENTAL

Respecto de las inhabilidades para ser elegido en el cargo de contralor departamental la Constitución Política, señala:

“ARTÍCULO 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

(...)

Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y las demás calidades 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 departamental, 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 como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.” (Subraya fuera del texto)

De acuerdo con la normativa constitucional, 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 departamental, distrital o municipal, salvo la docencia. Igualmente se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y las demás calidades que establezca la ley.

Las inhabilidades para ser elegido contralor departamental se encuentran relacionadas en la Ley 330 de 1996 en su artículo 6.

“ARTÍCULO 6o. INHABILIDADES. No podrá ser elegido Contralor quien:

A continuación analizaremos cada una de las causales refiriendo la jurisprudencia relacionada si la hay, y las preguntas más frecuentes elevadas y la respuesta a la misma.

Causal a.

“a) Haya sido Contralor de todo o parte del período inmediatamente anterior, como titular.”

La Corte Constitucional mediante sentencia C - 1372 de 2000 Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA, señaló en relación a esta causal lo siguiente:

“En el caso en análisis, la Corte ha de cumplir ese deber de ponderación, declarando la inexecutable de la expresión “como encargado” contenida en el literal a) del artículo 6 de la ley 330 de 1996, toda vez que el legislador en detrimento del derecho político de acceder y desempeñar, en condiciones de igualdad, cargos y funciones públicas, no fijó un término razonable para la configuración de la causal de inhabilidad, producto del desempeño de un cargo público específico en encargo, término éste que la Corte no está llamada a fijar, por cuanto ésta, es una función propia del legislador.

Lo anterior no obsta para entender que la declaración de inexecutable que efectuará esta Corporación, en nada se opone al sentido mismo de la inhabilidad que quiso consagrar el legislador, en relación con la persona que desempeñe el cargo de contralor departamental como encargado, pues es claro que quien hubiese ejercido como tal, en el último año de la elección, en razón a su carácter de servidor del orden departamental, no podrá ser elegido como contralor en propiedad para el período siguiente, en aplicación de la inhabilidad que expresamente consagró el propio Constituyente en el artículo 272, al prescribir que no podrá ser elegido como contralor departamental, quien haya ocupado, en el último año, cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia. Norma ésta que, reproducida en la ley 330 de 1996, fue declarada executable en sentencia C- 060 de 1998.”

Causal b.

“b) Haya sido miembro de los Tribunales que participaron en su postulación, dentro de los tres años anteriores;”

De conformidad con el literal b del artículo anteriormente transcrito, no podrá ser elegido contralor departamental quien haya sido miembro de los Tribunales que participaron en su postulación, dentro de los tres años anteriores.

En ese sentido, la Ley 330 de 1996, “Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales” establece:

“ARTÍCULO 4. ELECCIÓN. Los Contralores Departamentales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, de ternas integradas por dos candidatos presentados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial y uno por el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Las ternas serán enviadas a las Asambleas Departamentales dentro del primer mes inmediatamente anterior a la elección.

La elección deberá producirse dentro de los primeros diez (10) días del mes correspondiente al primer año de sesiones.

Los candidatos escogidos por el Tribunal Superior y el escogido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se determinarán por concursos de méritos organizados por estos mismos Tribunales.

PARÁGRAFO. En los departamentos en donde hubiera más de un Tribunal Superior de Distrito Judicial, cada uno de ellos enviará un candidato para conformar la respectiva terna.” (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, los contralores departamentales son elegidos por las asambleas departamentales, de ternas integradas por dos candidatos presentados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial y uno por el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Causal c.

“c) Durante el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia;”

De acuerdo con la norma anteriormente citada, quien haya ocupado un cargo público en un departamento, distrito o municipio durante el último año antes de postularse al cargo de contralor departamental, no podrá ser elegido para desempeñar esa función.

En relación a esta causal, la Corte Constitucional en Sentencia C-147 de 1998, se pronunció frente al tema.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: ¿Un empleado de una Contraloría Departamental puede ser elegido como Contralor del mismo departamento?. Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20116000069791 del 29 de junio de 2011, en el cual se concluyó:

“De conformidad con las normas y el pronunciamiento del Consejo de Estado en cita, nadie que haya ocupado un cargo público en un departamento, distrito o municipio durante el último año antes de postularse al cargo de Contralor Departamental, podrá ser elegido para desempeñar dicho empleo.

En este orden de ideas, para el caso objeto de consulta, en criterio de esta Dirección un empleado en el cargo de profesional universitario de la Contraloría Departamental del Quindío está inhabilitado para ser elegido como Contralor del mismo departamento.”

Causal d.

“d) Sea o haya sido miembro de la Asamblea en el último año;”

De acuerdo con el literal anteriormente citado, el Legislador prohibió que cualquier miembro de una asamblea departamental que hubiera ostentado dicha calidad, se postulara como contralor departamental.

Causal e.

“e) Estarán igualmente inhabilitados quienes en cualquier época hayan sido condenados penalmente a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.”

Frente a esta causal de inhabilidad, la Corte Constitucional mediante Sentencia de inconstitucionalidad C-509/97 Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara, se pronunció en el siguiente sentido:

“a causal de inelegibilidad de una persona para el cargo de contralor departamental, por concurrir en ella una condena penal previa a una pena privativa de la libertad por delitos comunes, salvo los políticos y culposos, no configura una restricción exagerada e irracional de los derechos fundamentales que aparecen involucrados con el ejercicio de funciones y cargos públicos, como son los de igualdad, participación política, trabajo, y escogencia y ejercicio de profesión y oficio. Consignada la referida causal como una calidad personal del candidato que aspira a ser elegido como contralor departamental, y consagrada como una condición sine qua non a fin de generar la confianza y legitimidad necesaria que labor de vigilancia del manejo de los recursos públicos requiere, no resulta aceptable que la misma esté sujeta a graduaciones en el tiempo para su aplicación.”

1.10.2. INHABILIDADES PARA SER ELEGIDO EN EL CARGO DE CONTRALOR MUNICIPAL

Respecto de las inhabilidades para ser elegido en el cargo de contralor municipal la Constitución Política, señala:

“ARTÍCULO 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

(...)

Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y las demás calidades 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 departamental, 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 como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.”

De acuerdo con la disposición constitucional, no podrá ser elegido contralor municipal, 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 departamental, distrital o municipal, salvo la docencia.

Las inhabilidades para ser elegido contralor departamental se encuentran relacionadas en la Ley 136 de 1994 en su artículo 163.

“ARTÍCULO 163. INHABILIDADES. 9o. de la Ley 177 de 1994. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser elegido Contralor, quien:

A continuación analizaremos cada una de las causales refiriendo la jurisprudencia relacionada si la hay, y las preguntas más frecuentes elevadas y la respuesta a la misma.

Causal a.

“a) Haya sido Contralor o Auditor de la Contraloría Municipal en todo o parte del período inmediatamente anterior, como titular o como encargado;”

De acuerdo con la causal anteriormente transcrita, no podrá ser elegido contralor municipal quien dentro del año inmediatamente anterior, hubiese tenido la calidad de contralor o auditor.

- Causal b.

"b) Haya sido miembro de los tribunales que hagan la postulación o del Concejo que deba hacer la elección, dentro de los tres años anteriores;"

De acuerdo con la causal anteriormente transcrita, quien haya sido miembro de un tribunal que haga la postulación o del Concejo municipal que hace la elección dentro de los tres años anteriores, no podrá ser elegido Contralor Municipal.

- Causal c.

"c) Esté incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo de esta Ley, en lo que sea aplicable."

El Consejo de Estado mediante sentencia 76001-23-31-000-2007-00004-04 del diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009) de la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo Consejero ponente: FILEMON JIMENEZ OCHOA, respecto a la elección del Contralor municipal

La Corte Constitucional, se pronunció frente al tema de las inhabilidades del contralor en Sentencia C- 468 de 2008. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: ¿Un empleado del Departamento de Cundinamarca, puede postularse para ser designado Contralor del Municipio de Soacha? Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20116000147101 del 29 de diciembre de 2011, en el cual se concluyó:

"En este orden de ideas, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto a que no puede ser contralor municipal quien haya ocupado cargo público del orden municipal, por consiguiente, dado que el cargo de Jefe de la Oficina de Proyectos Especiales de la Secretaría de Tránsito y Movilidad del Departamento de Cundinamarca, implica el desempeño de un cargo público del orden departamental, en criterio de esta Dirección se considera que dicho empleado no está inhabilitado para postularse a ser elegido Contralor del Municipio de Soacha."
(Subrayado fuera de texto)

1.10.3. INHABILIDADES PARA SER ELEGIDO EN EL CARGO DE PERSONERO MUNICIPAL

Respecto de las inhabilidades para ser elegido personero municipal, la Ley 136 de 1994, establece:

"ARTÍCULO 174.- Inhabilidades. No podrá ser elegido personero quien:

- a) Esté incurso en las causales de inhabilidad establecidas para el alcalde municipal, en lo que le sea aplicable;*
- b) Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio;*
- c) Haya sido condenado, en cualquier época, a pena privativa de la libertad excepto por delitos políticos o culposos;*
- d) Haya sido sancionado disciplinariamente por faltas a la ética profesional en cualquier tiempo;*
- e) Se halle en interdicción judicial;*
- f) Sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil o tenga vínculos por matrimonio o unión permanente con los concejales que intervienen en su elección, con el alcalde o con el procurador departamental;*
- g) Durante el año anterior a su elección, haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros o haya celebrado por sí o por interpuesta persona contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio;*
- h) Haya sido representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales en el municipio dentro de los tres meses anteriores a su elección."*

Con el fin de desarrollar el tema, a continuación se expondrán algunas sentencias de las altas cortes; así como conceptos relevantes respecto de las causales de inhabilidad previstas para los aspirantes a ocupar el cargo de personero municipal.

Causal b.

b) Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio;

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, para que una persona pueda ser elegida por el Concejo municipal como Personero, se requiere no estar inmerso en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y la Ley, entre ellas no haber ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio.

Respecto, de las inhabilidades para ser elegido Personero se pronunció la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 617 de 1997.

Frente al tema, se elevó la siguiente consulta a este Departamento ¿El hecho de haber participado en un proceso contractual en calidad de empleado de la Procuraduría lo inhabilita para desempeñar el cargo de personero municipal? A la que se le dio respuesta mediante el concepto con radicado 2013600024321 del 20 de Febrero de 2013, concluyendo lo siguiente:

“En este orden de ideas y para el caso objeto de consulta y según la información suministrada en la misma, teniendo en cuenta que el cargo de Secretaria Grado 11 de la Procuraduría no pertenece a la Administración central ni descentralizada del mismo municipio sino a la Procuraduría General de la Nación en criterio de esta Oficina no está inhabilitada para postularse como candidata a ser elegida Personera en el Municipio de Arauca o en otro, siempre y cuando, en el momento de ser elegida, no esté ocupando ningún cargo público (Artículo 128 de la Constitución).”

Causal c.

c) Haya sido condenado, en cualquier época, a pena privativa de la libertad excepto por delitos políticos o culposos;

De conformidad con lo anterior, por regla general, la persona que haya sido condenada, en cualquier tiempo por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado, sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrá ser elegida, ni designada como servidor público, ni celebrar personalmente o por interpuesta persona, contratos con entidades del Estado; lo anterior se consagra como una inhabilidad permanente para los servidores que hubieren sido condenados por delitos contra el patrimonio del Estado.

Respecto de la inhabilidad para ocupar el cargo de personero quien haya sido condenado a pena privativa de la libertad, se pronunció la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal, en Proceso No 24557, de octubre 17 de 2007.

Frente al tema, se elevó la consulta a este Departamento referente a establecer las inhabilidades para ser elegido personero, a la que se le dio respuesta mediante el concepto con radicado 20126000191861 del 07 de Diciembre de 2012, concluyendo lo siguiente:

“De conformidad con las normas y jurisprudencia expuestas, por regla general, la persona que haya sido condenada, en cualquier tiempo por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado, sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrá ser elegida, ni designada como servidor público, ni celebrar personalmente o por interpuesta persona, contratos con entidades del Estado; lo anterior se consagra como una inhabilidad permanente para los servidores que hubieren sido condenados por delitos contra el patrimonio del Estado.

En este orden de ideas para el caso objeto de consulta, teniendo en cuenta lo preceptuado por la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal, esta Dirección considera que una persona que en cualquier época haya sido condenada mediante sentencia judicial, excepto por delitos políticos o culposos, a una pena privativa de la libertad, no puede ser designada como servidor público; por consiguiente, la persona al ser condenada por peculado por apropiación y prevaricato, está inhabilitada para ser elegida Personero.”

Causal d.

d) Haya sido sancionado disciplinariamente por faltas a la ética profesional en cualquier tiempo;

De acuerdo con la anterior causal, se encuentra inhabilitado para ocupar el cargo de personero quien haya sido sancionado disciplinariamente por faltas a la ética profesional en cualquier tiempo.

Causal e.

e) Se halle en interdicción judicial;

De acuerdo con la anterior norma, no podrá ocupar el cargo de personero municipal quien se halle en interdicción judicial.

Causal f.

f) Sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil o tenga vínculos por matrimonio o unión permanente con los concejales que intervienen en su elección, con el alcalde o con el procurador departamental;

De conformidad con lo anterior, no podrá ser elegido personero quien sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de los concejales que intervienen en su elección.

Frente al tema, se pronunció este Departamento mediante el concepto de radicado número 20126000053341 del 9 de Abril de 2012, ante consulta respecto de las inhabilidades de quien aspira al cargo de personero municipal, donde se concluyó lo siguiente:

“En este orden de ideas, se considera que el sobrino (tercer grado de consanguinidad) de un Concejal de un municipio, se encuentra inhabilitado para ser elegido Personero Municipal del respectivo municipio. Por lo tanto, el Concejal debería renunciar a su curul antes de la elección del Personero para no inhabilitar a su pariente.

Por existir disposiciones especiales que regulan la materia, no es aplicable en este caso lo establecido en el Parágrafo 3 del artículo 49 de la ley

617 de 2000, modificado por el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007.”

1.10.4. INHABILIDADES DE PARIENTES DE GOBERNADOR, DIPUTADO, ALCALDE CONCEJALES MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES PARA SER NOMBRADOS EN LAS ENTIDADES PUBLICAS DE LA RESPECTIVA CIRCUNSCRIPCION TERRITORIAL.

Frente al particular, la Constitución Política, dispone:

“ARTÍCULO 292. Los diputados y concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

No podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.”

Por su parte, la Ley 53 de 1990, señala:

“ARTÍCULO 19. El artículo 87 del Código de Régimen Municipal (Decreto-ley número 1333 de 1986), quedará así:

"Los concejales, principales y suplentes, no podrán ser nombrados empleados oficiales del respectivo municipio, a menos que fuese en los cargos de alcalde, por designación o nombramiento. En tal caso se producirá pérdida automática de su investidura, a partir de la fecha de su posesión.

El cónyuge, compañero o compañera permanente, ni los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de alcalde, de los concejales principales o suplentes, del Contralor, del Personero, del Secretario del Concejo, de los Auditores o Revisores, no podrán ser nombrados ni elegidos para cargo alguno en ninguna dependencia del respectivo municipio, ni contratar con el mismo, dentro del período para el cual fueron elegidos. No se dará posesión a quien fuere nombrado o elegido violando este artículo, previa comprobación.”

De otro lado, la Ley 190 de 1995, establece:

“ARTÍCULO 52º.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 292 de la Constitución Política, ni los diputados, ni los concejales, ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil, "ni sus delegados", podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio. Lo que aparece subrayado fue declarado exequible la expresión "ni sus delegados". Sentencia C 82 de 1996 Exequible Sentencia C 121 de 1996 Sentencia C 228 de 1996 Sentencia C 230 de 1996 Corte Constitucional.

Conforme al artículo 292 de la Constitución Política, no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil..”

Frente al particular, la Ley 821 de 2003, indica:

“ARTÍCULO 1º. El artículo 49 de la Ley 617 de 2000 quedara así:

"ARTÍCULO 49 Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales, y Distritales; concejales municipales, y Distritales; y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales. Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradores locales municipales y Distritales no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

PARÁGRAFO 1º. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

PARÁGRAFO 2º. Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.”

La Corte Constitucional en Sentencia C-311 de marzo 31 de 2004, Magistrado Ponente, Doctor Álvaro Tafur Galvis, respecto al artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificado por la Ley 821 de 2003, declaró:

“En ese orden de ideas no resulta posible proceder a la declaratoria de inexequibilidad del segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 como lo solicita el señor Procurador, ni de las expresiones “cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad” acusadas por el actor, pues dicha declaratoria de inexequibilidad dejaría por fuera del ordenamiento jurídico disposiciones que en determinadas hipótesis y en relación con determinadas personas en él invocadas, en nada contradicen la Constitución frente al cargo planteado.

4.2.2 La Corte constata que lo que procede en el presente caso, como lo ha hecho en circunstancias similares, es dictar una sentencia condicionada que asegure el respeto de la Constitución, dando la norma una interpretación que se ajuste a sus mandatos.

En efecto, si se entendiera que lo que la norma señala es que en el caso de los parientes de los diputados y concejales -independientemente de que en su designación intervengan o no dichos diputados y concejales, bien sea directamente como nominadores o bien en la designación de quien actúa como nominador -, no podrán ser designados aquellos que se encuentren en el cuarto grado de consanguinidad segundo de afinidad y primero civil, se estará contradiciendo el mandato expreso del segundo inciso del artículo 292 superior.

A dicha interpretación por ser contraria a la Constitución debe preferirse la interpretación que sí respeta el artículo 292-2 superior, a saber, que en el caso de los parientes de los diputados y concejales, cuando los mismos diputados y concejales no actúan como nominadores o no han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, se aplicará en cuanto al grado de parentesco la regla prevista en el segundo inciso del artículo 292 de la Constitución, a saber que “no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.” (subraya la Corte). Mientras que i) cuando dichos diputados o concejales actúan como nominadores o han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, o ii) cuando se trata de los parientes de gobernadores y alcaldes, o iii) cuando se trata de los parientes de los miembros de las juntas administradoras locales municipales o distritales, el grado de parentesco a tomar en cuenta es el previsto en el referido inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003, a saber el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil.

Cabe hacer énfasis así mismo en que en cualquier caso la inhabilidad se aplica es dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo gobernador, alcalde, diputado, concejal o miembro de junta administradora local, municipal o distrital.”

La Corte Constitucional en Sentencia C-348 de 2004, Magistrado Ponente, Dr. Jaime Córdoba Triviño, respecto al artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificado por la Ley 821 de 2003, declaró:

“3.6. Finalmente, en relación con las normas sobre la inhabilidad para ser directa o indirectamente contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio o de sus entidades descentralizadas o para ser vinculados por contratos de prestación de servicios, la Corte resalta que estas disposiciones hacen parte del desarrollo de la atribución dada por el artículo 150 inciso final de la Constitución, según el cual compete al Congreso de la República expedir el estatuto general de contratación de la administración pública.

Estas medidas constituyen igualmente un desarrollo legislativo razonable y proporcionado, como instrumento necesario e idóneo para el logro de los principios rectores de la actuación administrativa y garantizar que las actuaciones públicas estén despojadas de propósitos o intenciones ajenos al servicio público y al interés general. Lo que buscan las disposiciones demandadas es evitar, entre otros efectos, la ingerencia (sic) indebida de los miembros de las corporaciones públicas en la gestión pública del orden territorial y a favor de sus allegados, lo cual no puede entenderse como una sanción legislativa a los parientes de los diputados y concejales. De tal suerte que las inhabilidades en referencia constituyen una garantía de imparcialidad, transparencia y moralidad de la gestión pública en los departamentos, distritos y municipios.

Además, el artículo 292 no constituye el único referente constitucional para efectos de determinar el régimen de prohibiciones de la contratación estatal que se surta en el orden territorial. Por consiguiente, la regulación legislativa sobre asuntos ajenos a los contemplados en ese artículo superior que invoca el actor, no constituye, per se, una vulneración de la Carta Política, y menos aun cuando en esta materia tampoco existe exigencia constitucional alguna que aluda al carácter vinculante de los grados de parentesco señalados en el inciso segundo del artículo 292 de la Carta.

La Corte concluye entonces que las medidas adoptadas representan la voluntad del legislador, que, a partir de su propia verificación de las experiencias conocidas y la evaluación de la gestión territorial, ha estimado pertinente fijar tales restricciones, sin que ellas afecten de manera irrazonable o desproporcionada los derechos a la igualdad, trabajo o acceso a cargos y funciones públicas de los parientes de diputados y concejales. Además, si la norma acusada fue proferida en ejercicio de las atribuciones otorgadas por el artículo 150 de la Constitución, el legislador no

En consecuencia, se declarará la exequibilidad de los apartes demandados del inciso tercero y el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 821 de 2003, pero precisando que las prohibiciones allí previstas surtan efectos únicamente dentro del ámbito territorial de competencias del respectivo diputado o concejal.

No obstante lo anterior, para evitar alcances irrazonables de las disposiciones acusadas, en el mismo sentido de lo señalado en la sentencia C-618 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, “la Corte entiende que la disposición acusada no se aplica a aquellos contratos por medio de los cuales la administración ofrece, en igualdad de condiciones, a todos los ciudadanos y personas, un determinado bien o servicio, en desarrollo

de sus funciones constitucionales y legales, tal y como sucede por ejemplo con la prestación de los de los servicios públicos, pues en tal caso la inhabilidad sería totalmente irrazonable”.

Por su parte, el Consejo de Estado mediante Concepto de abril 26 de 2001, radicación No. 1.347, de Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, en cuanto a los alcances de las inhabilidades sobrevinientes respecto de los parientes de los servidores públicos de elección popular en los entes territoriales, preceptuó:

“Como la conducta prohibida es la de “nombrar”, debe entenderse que la potestad nominadora sólo es viable ejercerla por el funcionario elegido hacia el futuro, luego de la asunción del cargo, lo que no es predicable de quien ya está prestando sus servicios; por lo tanto, tal facultad no es posible retrotraerla en el tiempo para darle el alcance que no se desprende de la norma constitucional, razón por la cual el funcionario o empleado vinculado con anterioridad a la posesión de su pariente investido de la potestad mencionada sólo tendría que retirarse del servicio, por el arribo de aquél a la administración, si así estuviera previsto en una norma legal que estableciera una inhabilidad sobreviniente.

“ Si bien el artículo 6 de la Ley 190 de 1995, prevé la obligación del servidor de advertir inmediatamente- a la entidad a la cual le presta servicios- que le ha sobrevenido al acto de nombramiento una inhabilidad o incompatibilidad, con la consecuencia de que si pasados tres meses no pone fin a la situación que la origina, cuando a ello hubiere lugar, procederá el retiro inmediato del servidor, su hipótesis normativa no es aplicable al caso en estudio puesto que no existe norma expresa que establezca una inhabilidad que determine su desvinculación.

“... no resulta procedente interpretar la norma constitucional en el sentido que el servidor deba retirarse ante una relación de parentesco que no existía al momento de su nombramiento y que por lo mismo es anterior a la posesión del pariente, cónyuge o compañero permanente, titular actual de la potestad nominadora.”

De lo anterior se deduce que la persona vinculada a entidades del Estado con anterioridad a que su pariente dentro de los grados señalados en la Constitución y la Ley se posea en el cargo para el cual fue elegido, no está inhabilitada para continuar desempeñando su labor, en razón a que como lo expresa el Honorable Consejo de Estado, no existe ley que consagre esta situación como inhabilidad sobreviniente.

1.11. INHABILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS Y DIRECTIVOS DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.

1.11.1. INHABILIDADES DE DIRECTORES, GERENTES, Y MIEMBROS DE JUNTAS DIRECTIVAS DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.

Señala la Ley 489 de 1998¹⁰ [10] con respecto al tema de inhabilidades de los directores, gerentes y miembros de juntas directivas de entidades descentralizadas:

“ARTÍCULO 79. REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS MIEMBROS DE LOS CONSEJOS Y DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. Además de lo dispuesto en la Constitución Política sobre inhabilidades de los congresistas, diputados y concejales, para ser miembro de los consejos directivos, director, gerente o presidente de los establecimientos públicos, se tendrán en cuenta las prohibiciones, incompatibilidades y sanciones previstas en el Decreto-ley 128 de 1976, la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes que las modifiquen o sustituyan.

ARTÍCULO 102. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen.”

Por su parte la Ley 734 de 2002, Código Único disciplinario, señala

“ARTÍCULO 41. EXTENSIÓN DE LAS INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS. Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal.”

El Decreto 128 de 1976¹¹ [11], dispone respecto de las inhabilidades para ser elegido Gerente, directores, miembro de Juntas o consejos directivos:

“ARTÍCULO 3o. DE QUIENES NO PUEDEN SER ELEGIDOS O DESIGNADOS MIEMBROS DE JUNTAS O CONSEJEROS, GERENTES O DIRECTORES. Además de los impedimentos o inhabilidades que consagren las disposiciones vigentes, no podrán ser elegidos miembros de Juntas o Consejos Directivos, ni Gerentes o Directores quienes:

- a. Se hallen en interdicción judicial;*
- b. Hubieren sido condenados por delitos contra la administración pública, la administración de justicia o la fe pública, o condenados a pena privativa de la libertad por cualquier delito, exceptuados los culposos y los políticos;*
- c. Se encuentren suspendidos en el ejercicio de su profesión o lo hubieren sido por falta grave o se hallen excluidos de ella;*

d. Como empleados públicos de cualquier orden hubieren sido suspendidos por dos veces o destituidos;

e. Se hallaren en los grados de parentesco previstos en el Artículo 8o. de este Decreto;

f. Durante el año anterior a la fecha de su nombramiento hubieren ejercido el control fiscal en la respectiva entidad.

ARTÍCULO 4o. DE LAS PROHIBICIONES A LOS FUNCIONARIOS DE LA CONTRALORIA. No podrán hacer parte de las Juntas a que se refiere el presente Decreto quienes sean funcionarios o empleados de la Contraloría General de la República, excepción hecha de quienes por estatutos u otras normas asistan a los mismos con derecho a voz pero no a voto."

"ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES POR RAZON DEL PARENTESCO. Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos no podrán hallarse entre sí ni con el Gerente o Director de la respectiva entidad, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Habrá lugar a modificar la última elección o designación que se hubiere hecho, si con ella se violó la regla aquí consignada."

"ARTÍCULO 10. DE LA PROHIBICION DE PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES. Los miembros de las Juntas o Consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los Gerentes o Directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece.

"ARTÍCULO 11. DE LA PROHIBICION DE DESIGNAR FAMILIARES. Las Juntas y los Gerentes o Directores no podrán designar para empleos en la respectiva entidad a quienes fueren cónyuges de los miembros de aquéllas o de éstos o se hallaren con los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil."

Con relación al interrogante de si *¿Existe alguna inhabilidad para que una persona se postule como candidato en la convocatoria y elección del representante de la alianza de los usuarios ante la Junta Directiva del Hospital, siendo la hermana miembro de la misma Junta Directiva?* Se concluyó por parte de la Dirección Jurídica mediante concepto con radicado No. 20146000158891 del 29 de octubre de 2014, concluyendo:

"El régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicado a las Empresas Sociales del Estado en cuanto a integrar las juntas directivas, atendiendo a lo expresamente señalado en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, y en artículo 1º del Decreto 1876 de 1994, dichas Empresas son Entidades Descentralizadas del orden nacional o territorial, y el Decreto Ley 128 de 1978, regula el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las Juntas Directivas y Gerentes o Directores de las Entidades Descentralizadas, por tal razón se concluye, que el Decreto 128 de 1978, es aplicable a las Empresas Sociales del Estado ya sean del orden nacional o territorial.

En este orden de ideas y para el caso objeto de consulta, en criterio de esta Dirección se considera que las Juntas de una Empresa Social del Estado no podrán integrarse con miembros que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

De acuerdo con lo anterior, los parientes de los miembros de las Juntas Directivas dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser miembros de la junta directiva de la respectiva entidad.

Es preciso señalar que los hermanos se encuentran dentro del segundo grado de consanguinidad.

Por lo tanto, la prohibición consagrada en el artículo 8º del Decreto 128 de 1976 es aplicable a los parientes de los miembros de las Juntas Directivas a quienes se limita la posibilidad hacer parte de la Junta Directiva en la respectiva entidad.

Respecto a si *¿Un ex miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado -E.S.E-, puede ser elegido como Gerente de la misma entidad?* RAD 14566/2004. (Radicación. EE11609 03/12/2004), se indicó:

"(...) el ex miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado está inhabilitado para ser nombrado como Gerente de la misma Entidad, ya que el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, estableció que los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actuó."

1.11.2. INHABILIDADES DE LOS MIEMBROS PARTICULARES EN LAS JUNTAS DIRECTIVAS DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.

Es preciso señalar que a los particulares miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del orden nacional y territorial se les aplica el mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado para los demás miembros de la junta directiva de conformidad con lo dispuesto en el campo de aplicación en el artículo 1º del Decreto 128 de 1976, así:

"ARTÍCULO 1º.- Del campo de aplicación. Las normas del presente Decreto son aplicables a los miembros de las juntas o consejos directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos.

Las expresiones "miembros de juntas o consejos", "gerentes o directores" y "sector administrativo" que se utilizan en el presente Decreto se refieren a las personas y funcionarios citados en el inciso anterior y al conjunto de organismos que integran cada uno de los Ministerios y Departamentos Administrativos con las entidades que les están adscritas o vinculadas."

De acuerdo con lo anterior, para determinar las inhabilidades de los particulares que hacen parte de las juntas directivas de entidades

descentralizadas del orden nacional y territorial, será pertinente revisar las inhabilidades previstas para los miembros de las juntas o consejos directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos.

Acerca de la calidad de los miembros particulares de las Juntas Directivas de los organismos descentralizados se pronunció el Consejo de Estado mediante sentencia 410012331000200301264-01 de febrero 17 de 2005, Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación Consejero ponente Dr. Darío Quiñones Pinilla.

2. INCOMPATIBILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

2.1. QUE SE ENTIENDE POR INCOMPATIBILIDADES

Las incompatibilidades se refieren a la exclusión natural, legal o reglamentaria de una cosa a causa de otra, esa contradicción, antagonismo, cohabitación o convivencia imposible, en materia laboral se traduce en la incapacidad para ejercer un cargo, en el impedimento, prohibición o tacha legal para desempeñar al mismo tiempo dos empleos o funciones, la imposible simultaneidad para ostentar al tiempo dos calidades, o un cargo directivo y una participación en ciertas sociedades, la intervención en determinados asuntos, la gestión de asuntos ante determinados entes, la elección no permitida por la ley, la participación en subastas bajo la dependencia del mismo sujeto, la interdicción de funciones entre otras.

Las incompatibilidades solo pueden tener origen en la Constitución y la Ley, y serán solo ellas las que se apliquen con exclusión de todas aquellas que no se encuentran referidas en dichos ordenamientos, es así como cualquier otra situación por mas excluyente que sea con respecto a otra no se puede tener por incompatibilidad si no tiene la autorización jurídica referida.¹² [12]

“El señalamiento constitucional de incompatibilidades implica necesariamente la consagración de límites y excepciones a la actividad de la persona, la cual no estaría cobijada por ellos si no fuera por el cargo que desempeña. Desde ese punto de vista comporta un trato diferente al aplicable para los demás pero justificado en razón de los superiores intereses públicos.

La incompatibilidad significa 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, de tal manera que, si en ella se incurre, el propio ordenamiento contempla la imposición de sanciones que en su forma más estricta llevan a la separación del empleo que se viene desempeñando. En nuestro sistema, por ejemplo, la violación del régimen de incompatibilidades por parte de los congresistas ocasiona la pérdida de la investidura (artículo 183, numeral 1, de la Constitución) y, además, en cuanto sea pertinente, está sujeta a la imposición de las sanciones penales que la ley contempla.

Resulta consecuente con los indicados propósitos la norma del artículo 181 de la Constitución, a cuyo tenor las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo y, 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.”¹³ [13]

2.2. FINALIDAD DE LAS INCOMPATIBILIDADES

Respecto de las incompatibilidades la Corte Constitucional¹⁴ [14] ha señalado:

“De ahí que las incompatibilidades legales tengan como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública.”

2.3. INCOMPATIBILIDADES COMUNES A TODOS LOS SERVIDORES PUBLICOS

Frente a las incompatibilidades comunes a los servidores públicos, la Ley 734 de 2002, dispone:

“ARTÍCULO 39. OTRAS INCOMPATIBILIDADES. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período:

a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;

b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia.”

2.4. INCOMPATIBILIDAD PARA CELEBRAR CONTRATOS CON ENTIDADES DEL ESTADO

Sobre el particular, la Constitución Política dispone:

“ARTÍCULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.”

La anterior norma restringe a los servidores públicos la celebración de contratos con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos en forma directa o por interpuesta persona o en representación de otro.

Frente al particular, el Consejo de Estado, mediante concepto Radicación 1360 de julio 19 de 2001 de la Sala de consulta y Servicio Civil Consejero ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO, se pronunció respecto a las excepciones de las inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: *¿Es viable que un docente vinculado como provisional en un establecimiento público suscriba un contrato administrativo de prestación de servicios con otra institución pública?* Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20146000136211 del 24 de Septiembre de 2014, concluyendo lo siguiente:

“Así las cosas, para esta Dirección Jurídica es claro que quien se posesione como docente provisional, es considerado empleado público, por lo cual deberá sujetarse al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para tales, en consecuencia el docente que se encuentra vinculado provisionalmente en un empleo público no podrá suscribir un contrato de prestación de servicios con otra entidad pública.

En consecuencia, los servidores públicos, en el presente caso docentes, solo podrán percibir otra asignación del Tesoro Público siempre que la misma provenga de las excepciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992.”

2.5. INCOMPATIBILIDAD PARA PARTICIPAR EN POLITICA

Respecto de la participación en política por parte de los servidores públicos, la Constitución Política, señala:

“ARTÍCULO 127.- “...”

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 sólo 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

Nota. Incisos 2 y 3 modificados por el [Acto Legislativo 02 de 2004 art 1](#)

De acuerdo con la anterior norma, los servidores públicos no podrán tomar parte en la contienda electoral, ni participar en política, salvo el ejercer el derecho al sufragio.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: *¿Se encuentra inhabilitado un empleado público vinculado en un Colegio del Distrito de Barranquilla en el cargo de Técnico Operativo, para aspirar a ser elegido Alcalde del Municipio de Puerto Colombia Atlántico?* Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20146000109851 del 15 de Agosto de 2014, concluyendo lo siguiente:

“Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que a los empleados del Estado les está prohibido utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la Ley, así como utilizar el empleo para presionar a particulares o subalternos a respaldar una causa o campaña política o influir en procesos electorales de carácter político partidista. De acuerdo con la Constitución Política, 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. Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.

Considerando lo anterior, en criterio de esta Dirección se estima que el servidor público que aspira a ser elegido Alcalde, deberá presentar renuncia a su empleo antes del día de la inscripción suya como candidato a la Alcaldía, toda vez que no podría participar en política como empleado público, teniendo en cuenta las disposiciones existentes sobre prohibición de participación o intervención en política de los servidores públicos. “

2.6. INCOMPATIBILIDAD PARA DESEMPEÑAR MAS DE UN CARGO PUBLICO Y PARA RECIBIR DOS ASIGNACIONES DEL TESORO PUBLICO

Frente a la posibilidad de desempeñar más de un cargo público o recibir más de una asignación salarial que provenga del Tesoro Público, la Constitución Política señala:

“ARTÍCULO 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. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

De acuerdo con la anterior norma, es claro que los servidores públicos no podrán desempeñar más de un cargo público en forma simultánea, ni recibir doble erogación que provenga del Tesoro Público.

Sobre el tema, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-133 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, se pronunció frente al particular.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: ¿Existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que una persona que ha suscrito un contrato de prestación de servicios con una entidad se vincule como empleado público sin renunciar a su contrato o cederlo? Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20146000148581 del 15 de Octubre de 2014, concluyendo lo siguiente:

“De conformidad con lo expresado, es preciso señalar que los empleados públicos, salvo las excepciones enunciadas, se encuentran impedidos para recibir doble erogación que provengan del Tesoro Público, en consecuencia, es viable concluir que el empleado público no podrá celebrar contratos de prestación de servicios con la misma u otra entidad pública.

Así las cosas, en el evento que un contratista aspire a posesionarse en un empleo público, le sobreviene una inhabilidad, por lo que en criterio de esta Dirección Jurídica, deberá proceder a ceder el contrato o a renunciar al mismo antes de tomar posesión del empleo público.”

2.6.1. EXCEPCIONES A LA INCOMPATIBILIDAD PARA RECIBIR DOBLE ASIGNACION QUE PROVENGA DEL TESORO PUBLICO.

Sobre el particular, la Ley 4 de 1992, establece en su artículo 19, lo siguiente:

“ARTÍCULO 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptuánse las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;*
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;*
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;*
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;*
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.*

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

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-133 de 1993, magistrado ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, se pronunció frente al tema.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: ¿Es viable que un directivo docente de un ente universitario autónomo dicte horas cátedra fuera de su jornada laboral? ¿Cuántas horas a la semana puede dedicar a dicha actividad? Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20146000138891 del 29 de Septiembre de 2014, concluyendo lo siguiente:

“En ese sentido, esta Dirección Jurídica ha consistente al manifestar que el servidor público podrá vincularse con otra entidad del Estado y percibir una asignación más del erario público siempre que la misma provenga de las excepciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, como es el caso de los honorarios percibidos por los docentes que presten el servicio a una Universidad o Institución de Educación del Estado, mediante el sistema de hora cátedra, siempre que dicha actividad se realice fuera de la jornada laboral, o que realizada dentro de la jornada laboral, no deberá superar el máximo legal permitido¹⁵ [15] (5 horas semanales) y deberá compensarse dicho tiempo.”

2.7. INCOMPATIBILIDADES PARA CARGOS DE ELECCION POPULAR

2.7.1. INCOMPATIBILIDADES PARA EL CARGO DE PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE DE LA REPUBLICA.

Una vez revisadas las normas que regulan la materia no se evidencia una que determine las incompatibilidades para el Presidente o

Vicepresidente de la República, diferentes de las generales contenidas en los artículos 127, 128 y 129 de la Constitución Política, que establecen:

“ARTÍCULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

(...)

ARTÍCULO 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.

ARTÍCULO 129. *Los servidores públicos no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, ni celebrar contratos con ellos, sin previa autorización del Gobierno.”*

Por su parte la Ley 734 de 2002, respecto de las incompatibilidades de los servidores públicos, establece:

“ARTÍCULO 39. *Otras incompatibilidades. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:*

1. *Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período:*

a) *Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;*

b) *Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.*

2. *Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia.”*

2.7.2. INCOMPATIBILIDADES PARA EL CARGO DE CONGRESISTA.

Respecto de las incompatibilidades de los cargos de Congresista, la Constitución Política señala:

“ARTÍCULO 180. *Los congresistas no podrán:*

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. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.*

3. *«Numeral modificado por el artículo 2º. del Acto Legislativo No. 3 de 1993» Ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades oficiales 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 este. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones.*

PARÁGRAFO 1º. *Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.*

PARÁGRAFO 2º. *El funcionario que en contravención del presente artículo, nombre a un Congresista para un empleo o cargo o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, incurrirá en causal de mala conducta.*

ARTÍCULO 181. *Las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el periodo constitucional respectivo. En caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del periodo fuere superior.*

Quien fuere llamado a ocupar el cargo, quedará sometido al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de su posesión”

“ARTÍCULO 261. *Artículo modificado por el artículo 2º. del Acto Legislativo 3 de 1993.*

“(…)”.

PARÁGRAFO 1º. *Las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución*

Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia”.

Por su parte la Ley 5° DE 1992, indica:

“ARTÍCULO 281. CONCEPTO DE INCOMPATIBILIDAD. Las incompatibilidades son todos los actos que no pueden realizar o ejecutar los Congresistas durante el periodo de ejercicio de la función.

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 este.*

Como puede observarse, dentro de las incompatibilidades de los Congresistas se encuentran las de desempeñar cargo o empleo público o privado o celebrar contrato alguno con entidades públicas durante el periodo constitucional para el cual fueron elegidos. En caso de renuncia, estas prohibiciones se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Es decir, una vez culmina el periodo constitucional, los Congresistas no se encuentran incursos en las inhabilidades previstas en la Constitución y la ley.

ARTÍCULO 283. EXCEPCIÓN A LAS INCOMPATIBILIDADES. Las incompatibilidades constitucionales no obstan para que los Congresistas puedan directamente o por medio de apoderado:

- 1. Ejercer la cátedra universitaria.*
- 2. Cumplir las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales, conforme a la ley y en igualdad de condiciones, tengan interés, o su cónyuge, o compañero o compañera permanente, o sus padres, o sus hijos. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985- 99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis).*
- 3. Formular reclamos por el cobro de impuestos fiscales o parafiscales, contribuciones, valorizaciones, tasas o multas que graven a las mismas personas. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis)*
- 4. Usar los bienes y servicios que el Estado ofrezca en condiciones comunes a los que le soliciten tales bienes y servicios.*
- 5. Dirigir peticiones a los funcionarios de la Rama Ejecutiva para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis).*
- 6. Adelantar acciones ante el Gobierno en orden a satisfacer las necesidades de los habitantes de sus circunscripciones electorales. (Declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-497-94 del 3 de noviembre de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo)*
- 7. Declarado INEXEQUIBLE exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-497-94 del 3 de noviembre de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo*
- 8. Intervenir, gestionar o convenir en todo tiempo, ante los organismos del Estado en la obtención de cualquier tipo de servicios y ayudas en materia de salud, educación, vivienda y obras públicas para beneficio de la comunidad colombiana. (Numeral declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-497-94 del 3 de noviembre de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo).*
- 9. Participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de acuerdo con la ley. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis).*
- 10. Siendo profesional de la salud, prestar ese servicio cuando se cumpla en forma gratuita. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis).*
- 11. Participar en actividades científicas, artísticas, culturales, educativas y deportivas. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis).*

12. *Pertenecer a organizaciones cívicas y comunitarias. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis).*

13. *Las demás que establezca la ley". (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis)*

ARTÍCULO 284. VIGENCIA DE LAS INCOMPATIBILIDADES. *Las incompatibilidades tendrán vigencia durante el periodo constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del periodo fuere superior".*

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-985 de 1999, se pronunció frente a los numerales 2 y 3 de las incompatibilidades de los congresistas.

El Consejo de Estado a través del concepto Radicación 1.791 de 30 de noviembre de 2006, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, se pronunció respecto de las incompatibilidades de los congresistas consagradas en el artículo 180 constitucional.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C - 134 de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra, se pronunció respecto a las incompatibilidades de los congresista consagradas en el artículo 180 constitucional.

2.7.3. INCOMPATIBILIDADES PARA EL CARGO DE GOBERNADOR

Las incompatibilidades de los Gobernadores se encuentran reguladas en la Ley 617 de 2000¹⁶ [16] en el artículo 31, al establecer:

"ARTÍCULO 31.- De las incompatibilidades de los gobernadores. Los gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo no podrán:

- 1. Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo departamento, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.*
- 2. Tomar parte en las actividades de los partidos o movimientos políticos, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.*
- 3. Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.*
- 4. Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el departamento o sus entidades descentralizadas.*
- 5. Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales del respectivo departamento, o que administren tributos, tasas o contribuciones del mismo.*
- 6. Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.*
- 7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue elegido.*

Respecto del término de duración de la incompatibilidad de los gobernadores, preceptúa el artículo 32 ibídem:

"ARTÍCULO 32.- Duración de las incompatibilidades de los gobernadores. Las incompatibilidades de los gobernadores a que se refieren los numerales 1º y 4º tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta por doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7º tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.

Quien fuere designado como gobernador, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.

PARÁGRAFO- *Para estos efectos, la circunscripción nacional, coincide con cada una de las circunscripciones territoriales.*

ARTÍCULO 47. Excepción al régimen de incompatibilidades. *Se exceptúa del régimen de incompatibilidades establecido en el presente capítulo el ejercicio de la cátedra."*

Sobre las incompatibilidades del gobernador la Corte Constitucional se pronunció mediante Sentencia C-540 de 2001.

De conformidad con la normatividad transcrita los gobernadores y quienes sean designados en su reemplazo no podrán por si mismos o por interpuesta persona o en representación de otro, celebrar contratos con el respectivo departamento y con cualquier entidad que maneje o administre recursos provenientes del respectivo ente territorial.

2.7.4. INCOMPATIBILIDADES PARA EL CARGO DE DIPUTADO.

Respecto de las incompatibilidades concernientes a los diputados, la Ley 617 de 2000, establece:

“ARTÍCULO 34.- De las incompatibilidades de los diputados.- Los diputados no podrán:

- 1. Aceptar o desempeñar cargo como empleado oficial; ni vincularse como contratista con el respectivo departamento.*
- 2. Intervenir en la gestión de negocios o ser apoderado ante entidades del respectivo departamento o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones de que trata el Artículo siguiente.*
- 3. Ser miembro de juntas o consejos directivos del sector central o descentralizado de cualquier nivel del respectivo departamento, o de instituciones que administren tributos, tasas o contribuciones procedentes del mismo.*
- 4. Celebrar contratos o realizar gestiones con quienes administren, manejen, o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo departamento, o sean contratistas del mismo, o reciban donaciones de éste.*
- 5. Ser representante legal, miembro de juntas o consejos directivos, auditor o revisor fiscal, empleado o contratista de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento.*

PARÁGRAFO.- El funcionario público departamental que nombre a un diputado para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente Artículo, incurrirá en causal de mala conducta.

ARTÍCULO 35.- Excepciones.- Lo dispuesto en los Artículos anteriores no obsta para que los diputados puedan, directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos:

- 1. En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos tengan interés.*
- 2. Formular reclamos por el cobro de impuestos, contribuciones, tasas y de multas que graven a las mismas personas.*
- 3. Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten.*
- 4. Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la rama jurisdiccional del poder público. Sin embargo, los diputados durante su período constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo departamento, los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales del orden departamental y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital.*

ARTÍCULO 36.- Duración.- Las incompatibilidades de los diputados tendrán vigencia durante el período constitucional para el cual fueron elegidos. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de diputado, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.”

En la norma transcrita se establecen las restricciones para quienes ostentan el cargo de diputado en la asamblea departamental.

Por su parte, respecto de las incompatibilidades para los diputados y sus parientes, la Constitución Política, establece:

“ARTÍCULO 126.- Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos.”

“ARTÍCULO 292.- Los diputados y concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

No podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.”

Sobre el particular, son procedentes los siguientes antecedentes:

La Ley 1148 de 2007 por medio de la cual se modifican las leyes 136 de 1994 y 617 de 2000 y se dictan otras disposiciones, establece:

“ARTÍCULO 1º. El artículo 49 de la Ley 617 de 2000 quedará así:

ARTÍCULO 49. *Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales. Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni los miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.*

(...)

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente. (...)

PARÁGRAFO 3°. *Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría.*

Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

Por su parte, la Ley 1296 de 2009 por medio de la cual se modifica el artículo 1° de la Ley 1148 de 2007, establece:

“ARTÍCULO 1°. El inciso 3° del artículo 1° de la Ley 1148 de 2007, modificatorio del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, quedará así:

“Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente”.

La corte Constitucional, respecto a las incompatibilidades consagradas en la Ley 1148 de 2007, se pronunció en Sentencia C-903 de 2008.

Respecto de las incompatibilidades para los diputados, el Consejo de Estado se pronunció en sentencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil Radicación número: 73001-23-31-000-2007(0071401) del 26 de febrero de 2009, Consejero Ponente Dr. William Zambrano Cetina.

Respecto de la incompatibilidad para que parientes de los diputados sean nombrados en empleos públicos del departamento o para que suscriban contratos de prestación de servicios, esta Dirección Jurídica se pronunció mediante concepto de radicado número 20136000113421 del 18 de Julio de 2013, concluyendo lo siguiente:

“De conformidad con la norma Constitucional y lo preceptuado por la Corte Constitucional, no podrán ser designados empleados de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad (Padres, hijos, hermanos), primero de afinidad (Suegros) o único civil.

En este orden de ideas para el caso objeto de consulta, en criterio de esta Dirección el pariente en cuarto grado de consanguinidad (primo) de un Diputado no está inhabilitado para ser designado como empleado del mismo departamento, ya que la norma no contempla su grado de parentesco como impedimento.”

2.7.5. INCOMPATIBILIDADES PARA EL CARGO DE ALCALDE

Respecto de las incompatibilidades para ser elegido alcalde municipal, la Ley 617 de 2000, establece:

“ARTÍCULO 38.- Incompatibilidades de los alcaldes.- Los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán:

- 1. Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo municipio, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.*
- 2. Tomar parte en las actividades de los partidos sin perjuicio de ejercer el derecho al sufragio.*
- 3. Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.*
- 4. Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el municipio, distrito, o sus entidades descentralizadas.*
- 5. Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales, o que administren tributos.*
- 6. Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.*

7. Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido.

PARÁGRAFO.- Lo dispuesto en el presente Artículo se entiende sin perjuicio de las excepciones a las incompatibilidades de que tratan los literales a), b), c) y d) del Artículo 46 de la Ley 136 de 1994.

ARTÍCULO 39.- Duración de las incompatibilidades del alcalde municipal distrital.- Las incompatibilidades de los alcaldes municipales y distritales a que se refieren los numerales 1º y 4º, tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7º tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.

El mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades regirá para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, D.C.

PARÁGRAFO.- Para estos efectos la circunscripción nacional, coincide con cada una de las circunscripciones territoriales.”

Con el fin de desarrollar el tema, a continuación se expondrá una sentencia de las Corte Constitucional; así como un concepto emitido por esta Dirección Jurídica respecto de las causales de incompatibilidad previstas para los aspirantes a ser elegidos en el cargo de alcalde municipal.

Causal 1.-

1. *Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo municipio, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.*

La anterior norma se encuentra acorde con lo preceptuado en el artículo 39 de la Ley 734 de 2002, de acuerdo con las citadas normas, existe la restricción para que quien es elegido como alcalde celebre en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo municipio, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.

Frente al tema, se elevó la siguiente consulta a este Departamento ¿Con cuánto tiempo de antelación debe retirarse un contratista para postularse como candidato a Alcalde de un Municipio? A la que se le dio respuesta mediante el concepto con radicado 20146000129991 del 16 de Septiembre de 2014, concluyendo lo siguiente:

“Así mismo, constituye una incompatibilidad para los Alcaldes, así como los que lo reemplacen en el ejercicio del cargo, celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos.

De conformidad con las anteriores disposiciones, se infiere que si la persona estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, cuyo objeto debiera ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, éste debió ceder el contrato o renunciar a la ejecución del mismo, en el año anterior a la elección. Si la persona estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, cuyo objeto no debía ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, se infiere que debe ceder el contrato o renunciar a su ejecución hasta antes de tomar posesión como Alcalde y ser acreditado como tal.”

Causal 2.

1. *Tomar parte en las actividades de los partidos sin perjuicio de ejercer el derecho al sufragio.*

Frente al particular se elevó la siguiente consulta a este Departamento ¿Existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que un empleado del nivel profesional de una entidad pública del nivel municipal se postule para ser elegido en el cargo de Alcalde? A la que se le dio respuesta mediante el concepto con radicado 20146000160271 del 30 de Octubre de 2014, concluyendo lo siguiente:

“De conformidad con lo expuesto, si una vez revisadas las funciones asociadas a su cargo, el interesado advierte que ejerce autoridad civil o administrativa en el municipio donde aspira ser elegido alcalde, deberá renunciar a su cargo al menos 12 meses antes de las elecciones locales, para no inhabilitarse en sus aspiraciones políticas.

En el evento que no ejerza autoridad civil, política o administrativa en el territorio donde se va a postular como candidato, deberá presentar renuncia a su empleo antes del día de la inscripción suya como candidato, toda vez que no podría participar en política como empleado público, teniendo en cuenta las disposiciones existentes sobre prohibición de participación o intervención en política de los servidores públicos.”

Causal 3.

3. *Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.*

De acuerdo con lo anterior, quien ha sido elegido alcalde no podrá intervenir, en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.

Causal 4.

4. *Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el municipio, distrito, o sus entidades descentralizadas.*

De conformidad con la anterior norma, no le es permitido al alcalde Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el municipio, distrito, o sus entidades descentralizadas.

Causal 5.

5. *Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales, o que administren tributos.*

De acuerdo con lo anterior, le es restringido al alcalde municipal ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales, o que administren tributos.

Causal 6.

6. *Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.*

En armonía con lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política, la anterior norma prohíbe que el alcalde municipal desempeñe simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.

Respecto de la posibilidad para que un servidor público, en este caso alcalde, reciba más de una asignación que provenga del tesoro público, se pronunció la Corte Constitucional mediante Sentencia C-133 de 1993, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro naranjo mesa.

Por otra parte, el Consejo de Estado mediante concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de abril 26 de 2001, Consejero Ponente Doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce en consulta radicada con el No 1347 del 26 de abril de 2001, se pronunció respecto a las incompatibilidades del Alcalde.

Frente al tema, se elevó la siguiente consulta a este Departamento ¿Un alcalde puede suscribir un contrato de prestación de servicios para dictar hora cátedra en una Institución Oficial de Educación Superior? A la que se le dio respuesta mediante el concepto con radicado 20136000100581 del 27 de Junio de 2013, concluyendo lo siguiente:

“De acuerdo a la normatividad y jurisprudencia anteriormente citadas, en criterio de esta Dirección, los alcaldes podrán percibir otra asignación del erario público si la misma proviene de las excepciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, como es el caso de los honorarios percibidos por los docentes que presten el servicio a una Institución de Educación del Estado, mediante el sistema de hora cátedra, siempre y cuando, las horas cátedra no coincidan con las labores propias del alcalde, ni su vinculación con la entidad donde ejerce la docencia sea de tiempo completo.”

Causal 7.

7. *Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido.*

De acuerdo con lo anterior, durante el período para el cual fue elegido un alcalde municipal no podrá inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular.

2.7.6. INCOMPATIBILIDADES DEL CARGO DE CONCEJAL

Respecto de las incompatibilidades de los concejales, la Ley 136 de 1994

“ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

1. *3 de la Ley 177 de 1994 derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000>*

2. *Ser apoderado ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen.*

3. *Ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.*

4. *Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.*

5. *41 de la Ley 617 de 2000. El texto es el siguiente:> Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.*

PARÁGRAFO 1°. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.

PARÁGRAFO 2°. El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.

ARTÍCULO 46. EXCEPCIONES. *Lo dispuesto en los artículos anteriores no obsta para que los concejales puedan ya directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos.*

a) En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos, tengan interés;

b) Formular reclamos por el cobro de impuestos, contribuciones, tasas y de multas que graven a las mismas personas;

c) 42 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten.

d) Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Sin embargo, los concejales durante su período Constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital.

ARTÍCULO 47. DURACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES. *43 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.*

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión."

Por su parte, la Ley 617 de 2000, señala:

"ARTÍCULO 47. Excepción al régimen de incompatibilidades. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades establecido en el presente capítulo el ejercicio de la cátedra."

2.7.7. INCOMPATIBILIDADES DE LOS EDILES

Sobre las incompatibilidades de los Ediles, la Ley 136 de 1994, señala:

"ARTÍCULO 126.- INCOMPATIBILIDADES: Los miembros de las Juntas Administradoras Locales no podrán:

A continuación analizaremos cada una de las causales refiriendo la jurisprudencia relacionada si la hay, y las preguntas más frecuentes elevadas y la respuesta a la misma

Causal 1

1).Aceptar cargo alguno de los contemplados en el numeral dos de las incompatibilidades aquí señaladas, so pena de perder la investidura."

La Corte Constitucional en la sentencia C-715 de noviembre 25 de 1998 declaró la exequibilidad del inciso segundo del artículo 119 de la Ley 136 de 1994 considerando que los ediles de las Juntas Administradoras Locales, como integrantes de estas Corporaciones Públicas son servidores públicos conforme a lo dispuesto por el artículo 123 de la Constitución Nacional , no tienen, sin embargo, la categoría de empleados públicos, a los que se refiere el artículo 122 de la Carta Política, pues estos últimos son vinculados por una relación legal o reglamentaria, al paso que aquellos ostentan su investidura en virtud de una elección popular.

La misma corporación, en sentencia C-307 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, al declarar la exequibilidad condicionada de las expresiones "concejales y miembros de las juntas administradoras locales" contenidas en el literal b) del numeral 1 del artículo 44 de la Ley 200 de 1995,

Causal 2

2). "Celebrar contrato alguno en nombre propio o ajeno, con las entidades públicas del respectivo municipio, o ser apoderados ante las mismas, con las excepciones que adelante se establecen."

Con respecto a esta causal, es preciso señalar que en esta se contempla como incompatibilidad el celebrar contrato en nombre propio o ajeno, con las entidades públicas del respectivo municipio, o ser apoderados ante las mismas. Así las cosas, es viable indicar que los Ediles no podrán a nombre propio o ajeno celebrar contratos con las entidades públicas del respectivo municipio, en consecuencia, en caso de ser elegido Edil, deberá renunciar al contrato administrativo de prestación de servicios ya que estaría inmerso en la prohibición enunciada y en la inhabilidad contemplada en el numeral 1º del literal f) de la ley 80 de 1993.

El Artículo 68 del Decreto Ley 1421 de 1993 señala que los ediles no podrán gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos de cualquier clase ante las entidades públicas distritales ni ante las personas que administren tributos; ni ser apoderados ante las mismas entidades o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. Se exceptúan de estas prohibiciones las gestiones y los contratos relacionados con los bienes y servicios que el Distrito ofrece en igualdad de condiciones a todos los que lo soliciten.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: *¿Puede el Edil de una localidad desempeñarse como Coordinador del Comité de Medio Ambiente de la Comuna 21 y además ser miembro socio de la Fundación FUNSOEDECO que a su vez es contratista de la administración municipal?* Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20146000044851 del 1 de abril de 2014, concluyendo:

"En consecuencia, el edil siendo miembro de la fundación, independientemente de la calidad de socio o no, no podrá contratar con entidades públicas o con empresas privadas que manejen o administren recursos públicos por sí o por interpuesta persona, ya que estaría inmerso en la prohibición consagrada en el numeral 2º del artículo 126 de la Ley 136 de 1994 para contratar con las entidades públicas del respectivo municipio."

Causal 3

3). *"Ser miembros de juntas directivas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio o de instituciones que administren tributos precedentes del mismo."*

De acuerdo con la incompatibilidad anteriormente transcrita, a los Ediles no les es permitido ser miembros de las juntas directivas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio o de instituciones que administren tributos precedentes del mismo.

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: *¿Los Ediles pueden hacer parte de los Consejos Directivos de las Instituciones Educativas?* Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20126000037521 del 7 de marzo de 2012, concluyendo:

"De conformidad con lo anterior, los miembros de las Juntas Administradoras Locales -Ediles, se encuentran impedidos para ser miembros de consejos directivos de las entidades descentralizadas del respectivo municipio; por consiguiente, se considera que los Ediles no podrán ser designados como representantes de la comunidad ante los Consejos Directivos de las Instituciones Educativas del mismo municipio."

Causal 4.

4). *"Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio o distrito." (Artículo 44 Ley 617 de 2000)*

PARÁGRAFO: El funcionario municipal que celebre con un miembro de la Junta Administradora Local un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta."

De acuerdo con la incompatibilidad anteriormente transcrita, a los Ediles no les está permitido ser representantes legales de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio o distrito, igualmente la causal contempla la prohibición de que estos sean miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de las empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio o distrito.

Igualmente, la Ley 617 de 2000, contempla el término de duración de las incompatibilidades de los Ediles, en este sentido señala:

"ARTÍCULO 46. Duración de las incompatibilidades de los miembros de las juntas administradoras locales. El artículo 127 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

"ARTÍCULO 127. Duración de las incompatibilidades. Las incompatibilidades de los miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de miembro de junta administradora local, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión."

"ARTÍCULO 47. Excepción al régimen de incompatibilidades. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades establecido en el presente capítulo el ejercicio de la cátedra."

De otra parte, la Ley 136 de 1994, estableció las excepciones a las incompatibilidades de los Ediles, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 128. EXCEPCIONES. Lo dispuesto en los artículos anteriores no obsta para que se pueda, ya directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos:

a) En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus

hijos tengan legítimo interés;

b) Formular reclamos por cobro de impuestos, contribuciones, tasas y multas que gravan a las mismas personas;

c) 45 de la Ley 617 de 2000. Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten.

d) Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público.

2.7.8. INCOMPATIBILIDADES DEL CONTRALOR

En relación a las incompatibilidades del contralor, la Ley 136 de 1994, dispone:

"ARTÍCULO 164. INCOMPATIBILIDADES: Los contralores municipales además de las incompatibilidades y prohibiciones previstas en los artículos 96 y 97 de esta ley, en lo que les sea aplicable, no podrán desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones."

De acuerdo con lo anterior, los contralores municipales no podrán desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

En este mismo sentido, la Ley 617 de 2000, señala:

"ARTÍCULO 51. Extensión de las incompatibilidades de los contralores y personeros. Las incompatibilidades de los contralores departamentales, distritales y municipales y de los personeros distritales y municipales tendrán vigencia durante el período para el cual fueron elegidos y hasta doce (12) meses posteriores al vencimiento del período respectivo o la aceptación de la renuncia."

Ante la Dirección Jurídica se elevó la siguiente consulta: *¿Se encuentran inhabilitados un personero y un contralor para ser elegidos alcaldes?* Al anterior planteamiento jurídico se le dio respuesta mediante el concepto con radicado No. 20126000018471 del 3 de febrero de 2012, concluyendo:

"En este orden de ideas, esta Dirección considera que no se encontrará incurso en la inhabilidad establecida en el numeral 5 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 ni en la prohibición señalada en los artículos 175 y 164 de la Ley 136 de 1994, quien habiendo ejercido el cargo de contralor o personero hubiera renunciado 12 meses antes de la fecha de la elección de alcaldes."

2.7.9. INCOMPATIBILIDADES PARA EL CARGO DE PERSONERO

Respecto de las incompatibilidades correspondientes al ejercicio del cargo como personero municipal, la Ley 136 de 1994, señala:

"ARTÍCULO 175.- Incompatibilidades. Además de las compatibilidades y prohibiciones previstas para los alcaldes en la presente Ley en lo que corresponda a su investidura, los personeros no podrán:

a) *Ejercer otro cargo público o privado diferente;*

b) *Ejercer su profesión, con excepción de la cátedra universitaria.*

PARÁGRAFO.- Las incompatibilidades de que trata este artículo se entienden sin perjuicio de las actuaciones que deba cumplir el personero por razón del ejercicio de sus funciones."

De acuerdo con la anterior norma, adicional a los personeros municipales le son aplicables las incompatibilidades previstas para los alcaldes municipales; adicionalmente, les está restringido ejercer otro cargo público o privado y ejercer su profesión, se exceptúa el ejercicio de la cátedra universitaria.

Como quiera que a los personeros municipales le son aplicables las incompatibilidades de los alcaldes, esta Dirección Jurídica, mediante concepto de radicado número 20146000138781 del 29 de Septiembre de 2014, se pronunció dando respuesta a la consulta respecto de *¿Existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que el ex Personero de un municipio se vincule como empleado público en entidades del mismo Municipio?*, en el citado concepto se concluyó lo siguiente:

"En este orden de ideas, en criterio de esta Dirección Jurídica, una persona que fungió como Personero Municipal estaría impedida para tomar posesión de un cargo público dentro del año siguiente a su retiro como Personero, dado que las incompatibilidades de este último para desempeñar otro cargo público o privado diferente, tendrán vigencia durante el período para el cual fue elegido y se extienden hasta doce (12) meses posteriores al vencimiento del período respectivo o la aceptación de la renuncia."

Por otra parte mediante concepto 20126000049101 del 28 de Marzo de 2012, esta Dirección Jurídica se pronunció respecto de la consulta referente a establecer si el personero municipal puede desempeñarse como comandante de bomberos del mismo municipio, en el citado concepto se concluyó:

"De conformidad con lo anterior, el personero municipal no podrá desempeñar otro cargo público o privado diferente; por consiguiente, se considera que el personero municipal no podrá desempeñarse como comandante del cuerpo de bomberos del mismo municipio."

2.7.10. INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS DE ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS, EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

En relación a las incompatibilidades de los miembros de las juntas directivas de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta, La Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, señala:

"ARTÍCULO 41. EXTENSIÓN DE LAS INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS. Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal."

A su vez, el Decreto Ley 128 de 1976, contempla:

"ARTÍCULO 10. DE LA PROHIBICION DE PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES. Los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece."

ARTÍCULO 14. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS Y DE LOS GERENTES O DIRECTORES. Los miembros de las juntas o consejos directivos y los gerentes o directores no podrán, en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquélla.

a) Celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno;

b) Gestionar negocios propios o ajenos, salvo cuando contra ellos se entablen acciones por dichas entidades o se trate de reclamos por el cobro de impuestos o tasas que se hagan a los mismos, a su cónyuge o a sus hijos menores, o del cobro de prestaciones y salarios propios.

Las prohibiciones contenidas en el presente artículo regirán durante el ejercicio de las funciones y dentro del año siguiente al retiro de la entidad.

Tampoco podrán las mismas personas intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones.

No queda cobijado por las incompatibilidades de que trata el presente artículo el uso que se haga de los bienes o servicios que la respectiva entidad ofrezca al público bajo condiciones comunes a quienes los soliciten. Quienes como funcionarios o miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los organismos a que se refiere este artículo admitieren la intervención de cualquier persona afectada por las prohibiciones que en él se consagran, incurrirán en mala conducta y deberán ser sancionados de acuerdo con la ley."

Frente al particular, se pronunció el Consejo de Estado mediante sentencia del 24 de junio de 2004, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón.

Este concepto fue elaborado por La Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Bogotá, D.C 15 de diciembre de 2014.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹[1] Véase Alba Nelly Obando y Darío Correa Derecho Administrativo Disciplinario Pág. 59

²[2] Corte Constitucional en la Sentencia No. C-546 de 1993, de noviembre 25, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

³[3] Corte Constitucional Sentencia C- 329 de julio 27 de 1995

⁴[4] Corte Constitucional, Sentencia C-509 de 1994, Magistrado Ponente, Doctor Hernando Herrera Vergara

⁵[5] Sentencia C-509 de 1994

⁶[6] Corte Constitucional, Sentencia C-509 de 1994

⁷[7] Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.

⁸[8] Sentencia de 6 de marzo de 2003 proferido por la Sección 58 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, entre otras.

⁹[9] 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.

¹⁰[10] *Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.*

¹¹[11] *Por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas.*

¹²[12] Véase Alba Nelly Obando y Dario Correa Derecho Administrativo Disciplinario Pág. 59

¹³[13] Sentencia No. C-349 de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo

¹⁴[14] Corte Constitucional, Sentencia C-426 de 1996. Magistrado Ponente, Doctor Hernando Herrera Vergara

¹⁵[15] *“Concepto 1508 del Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil, consejero ponente Dr. Augusto Trejos Jaramillo.”*

¹⁶[16] *Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.*

Fecha y hora de creación: 2024-10-22 14:26:49

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS

Actualizado

Elaborado por:

Hector Julio Quiñones Monroy
Pablo Emilio Talero Díaz
Diego Francisco Pineda Plazas
Ruth Manrique Manrique

Claudia Patricia Hernández León
Directora Jurídica

Departamento Administrativo de la Función Pública

2ª. Versión

2011

INDICE

INTRODUCCION	4
INHABILIDADES.....	5
QUE SE ENTIENDE POR INHABILIDAD	5
CONSECUENCIAS DE LAS INHABILIDADES.....	11
FORMALIDADES QUE SE DEBEN CUMPLIR PARA RETIRAR DEL SERVICIO A QUIEN LE SOBREVENGA UNA INHABILIDAD.....	12
INHABILIDADES COMUNES A TODOS LOS SERVIDORES PUBLICOS.....	15
INHABILIDAD SOBREVINIENTE PARA EL SERVIDOR PUBLICO.....	21
EJERCICIO DE EMPLEOS PUBLICOS POR PENSIONADOS.....	24
INHABILIDADES DE DIRECTORES, GERENTES Y MIEMBROS DE JUNTAS DIRECTIVAS DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ORDEN NACIONAL.	32
INHABILIDADES DE LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES DEL DISTRITO INHABILIDADES PARA SER PRESIDENTE O VICEPRESIDENTE DE LA REPUBLICA	36
INHABILIDADES PARA SER CONGRESISTA.....	38
INHABILIDADES SEGÚN EL CARGO A EJERCER EN EL NIVEL TERRITORIAL	44
INHABILIDADES DEL ALCALDE DEL DISTRITO CAPITAL.....	44
INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES DEL DISTRITO CAPITAL	45
CAPITAL.....	46
INHABILIDADES DE LOS ALCALDES LOCALES DEL DISTRITO CAPITAL.....	49
INHABILIDADES DEL PERSONERO DEL DISTRITO CAPITAL	50
INHABILIDADES DEL CONTRALOR DEL DISTRITO CAPITAL.....	55
INHABILIDADES DEL GOBERNADOR.....	57
INHABILIDADES DE LOS DIPUTADOS.....	61
INHABILIDADES DEL ALCALDE	66
INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES.....	71
INHABILIDADES MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES	76
INHABILIDADES DEL CONTRALOR DEPARTAMENTAL.....	78
INHABILIDADES DEL CONTRALOR MUNICIPAL.....	80
INHABILIDADES DEL PERSONERO MUNICIPAL	83

PROHIBICIONES DE PARIENTES DE GOBERNADOR, DIPUTADO, ALCALDE, CONCEJALES Y MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES PARA SER NOMBRADOS EN LA CIRCUNSCRIPCION TERRITORIAL.....87

INHABILIDADES DE DIRECTORES, GERENTES Y MIEMBROS DE JUNTAS DIRECTIVAS DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ORDEN TERRITORIAL.....94

RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS PARTICULARES EN LAS JUNTAS DIRECTIVAS DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ORDEN NACIONAL Y TERRITORIAL.97

INCOMPATIBILIDADES99

QUE SE ENTIENDE POR INCOMPATIBILIDADES99

INCOMPATIBILIDADES COMUNES A TODOS LOS SERVIDORES PUBLICOS 100

INCOMPATIBILIDADES DE LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES DEL DISTRITO INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONGRESISTAS..... 104

INCOMPATIBILIDADES DEL ALCALDE DEL DISTRITO CAPITAL..... 110

INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONCEJALES DEL DISTRITO CAPITAL..... 113

CAPITAL..... 115

INCOMPATIBILIDADES DEL PERSONERO DEL DISTRITO CAPITAL 116

INCOMPATIBILIDADES DEL CONTRALOR DEL DISTRITO CAPITAL..... 118

INCOMPATIBILIDADES DE LOS GOBERNADORES..... 118

INCOMPATIBILIDADES DE LOS DIPUTADOS 121

INCOMPATIBILIDADES DE LOS ALCALDES MUNICIPALES 123

INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONCEJALES MUNICIPALES 126

INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES 130

INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONTRALORES MUNICIPALES..... 132

INCOMPATIBILIDADES DE LOS PERSONEROS MUNICIPALES..... 133

INCOMPATIBILIDADES MIEMBROS JUNTAS DIRECTIVAS DE ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS, EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN TERRITORIAL 136

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO..... 138

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES EN LOS SERVICIOS PUBLICOS DIMICILIARIOS 146

INTRODUCCION

El Departamento Administrativo de la Función Pública, desarrollando la política pública de instrumentalización y teniendo en cuenta que el Derecho es móvil, debido a los diferentes pronunciamientos de las Altas Cortes y el desarrollo legal que se ha dado en estos últimos años, ha elaborado la actualización de la cartilla sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos.

Esta actualización se lleva a cabo, teniendo en cuenta la necesidad de proteger y desarrollar los principios constitucionales y legales como: la Igualdad, la Moralidad, la Ética, la Transparencia y la Imparcialidad, orientados a obtener una administración en consonancia con las políticas de buen Gobierno.

Con este documento, se busca orientar a los lectores suministrándoles un instrumento teniendo en cuenta las normas que se encuentran vigentes, en desarrollo de la jurisprudencia de las Altas Cortes y los conceptos emitidos por este Departamento, para que les sirva de guía para aplicarlas en cualquier nivel de la administración.

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS

INHABILIDADES

QUE SE ENTIENDE POR INHABILIDAD

Inhabilidad es la incapacidad, ineptitud o circunstancias que impiden 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.

La jurisprudencia ha señalado que *“Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo Cfr. Corte Constitucional.”*¹

El ordenamiento jurídico consagra dos tipos de inhabilidades en consideración a la naturaleza y la finalidad de la limitación:

- ✓ Inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado, la cual se aplica en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política.
- ✓ Inhabilidades que no constituyen sanción ni están relacionadas con la comisión de faltas, sino que corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y obedecen a la efectividad de principios, derechos y valores constitucionales, como son la lealtad empresarial, moralidad, imparcialidad, eficacia, transparencia o sigilo profesional, entre otros postulados.²

Cabe resaltar que dado el carácter prohibitivo de las inhabilidades, éstas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política. La Corte Constitucional ha expresado que *“el Legislador tiene un margen de discrecionalidad amplio para regular las inhabilidades e incompatibilidades para acceder a la función pública, dentro de las limitaciones que la propia Carta define. Diferente es la situación del operador jurídico, quien*

¹ Sentencias C-380-97, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-1212-01, M.P. Jaime Araujo Rentería.

² Sentencia C-348/04, Abril 20. Magistrado Ponente Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

debe interpretar estricta y restrictivamente las causales de inelegibilidad, en tanto y cuanto son excepciones legales al derecho de las personas a acceder a los cargos públicos"³.

La finalidad de las inhabilidades es garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos o funciones públicas. De igual forma son una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función.

A continuación se presenta en forma gráfica los grados de parentesco que se establecen en la Constitución y en la ley y que nos interesan a propósito de las inhabilidades, en especial los grados a que se refiere el artículo 126 de la Constitución política. Para tal efecto resulta preciso indicar de manera previa los conceptos sobre grados de parentesco que establece el Código Civil Colombiano en sus artículos 35 y siguientes, así:

“ARTÍCULO 35. Parentesco de consanguinidad. *Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz o que están unidas por los vínculos de la sangre.*

Nota General. *Se consanguinidad en línea recta (bisabuelo, abuelo, padre, hijo, nieto, bisnieto) puede ser ascendiente y descendiente. Cada generación representa un grado. Para calcular los grados de la línea colateral, es decir, la existente entre dos parientes que no descienden de un tronco común, se cuentan y suman las generaciones que hay desde cada uno de los dos parientes has el ascendiente común.*

ARTÍCULO 37. De los grados de consanguinidad. *Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí.*

ARTÍCULO 47. Afinidad legítima. *(Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer.)*

Nota. *El texto entre paréntesis se declaró Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-595 de noviembre 6 de 1996. Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía.*

Conc: Artículos 35, 37, 41, 42, 49.

ARTÍCULO 48. Afinidad ilegítima. *(Es afinidad ilegítima la que existe entre una de las personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, y los*

³ Sentencia C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

consanguíneos legítimos o ilegítimos de la otra, o entre una de dos personas que están o han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra.)

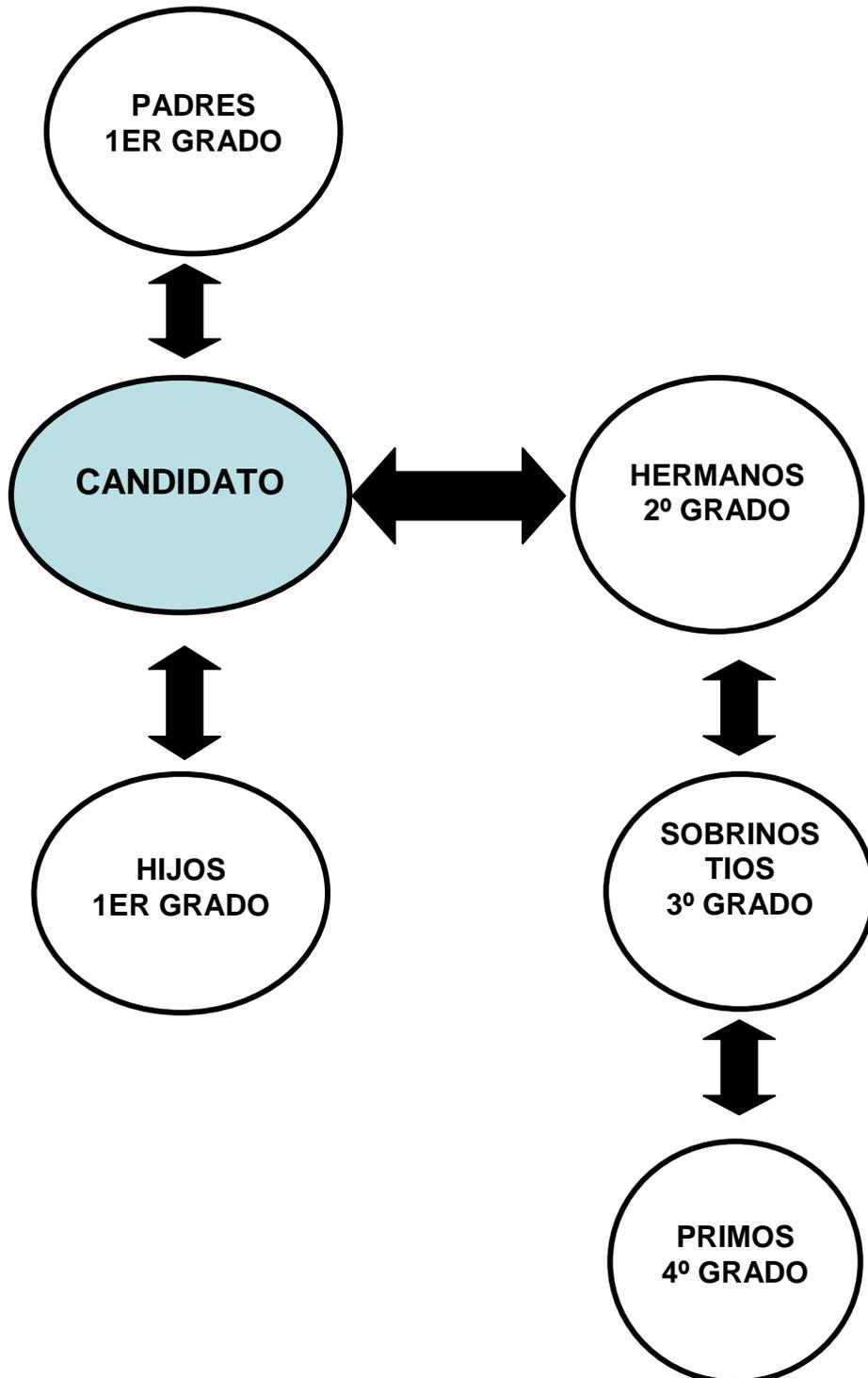
Nota Jurisprudencial. Este artículo se declaró Inexequible por la Corte Constitucional Sentencia C-595 de noviembre 6 de 1996, pues el texto se prestaba para equívocas interpretaciones de la expresión ilegítimo y desvirtuaba toda la jurisprudencia sobre la imposibilidad de tratos discriminatorios por razón del origen familiar, es por ello que la Corte declaró su inconstitucionalidad, entre otras razones, porque el inciso primero del artículo 42 de la Constitución reconoce igualdad entre la familia natural y la jurídica, de tal suerte que no existe consanguinidad ilegítima a causa de la inexistencia del matrimonio. O sea ésta como ilícita.

“...se advierte que la declaración de inexequibilidad del artículo 48 no implica la desaparición de la afinidad extramatrimonial, es decir, la originada en la unión permanente a que se refieren los artículos 126 y 179 de la Constitución, entre otros. Para todos los efectos legales, la afinidad extramatrimonial sigue existiendo.”

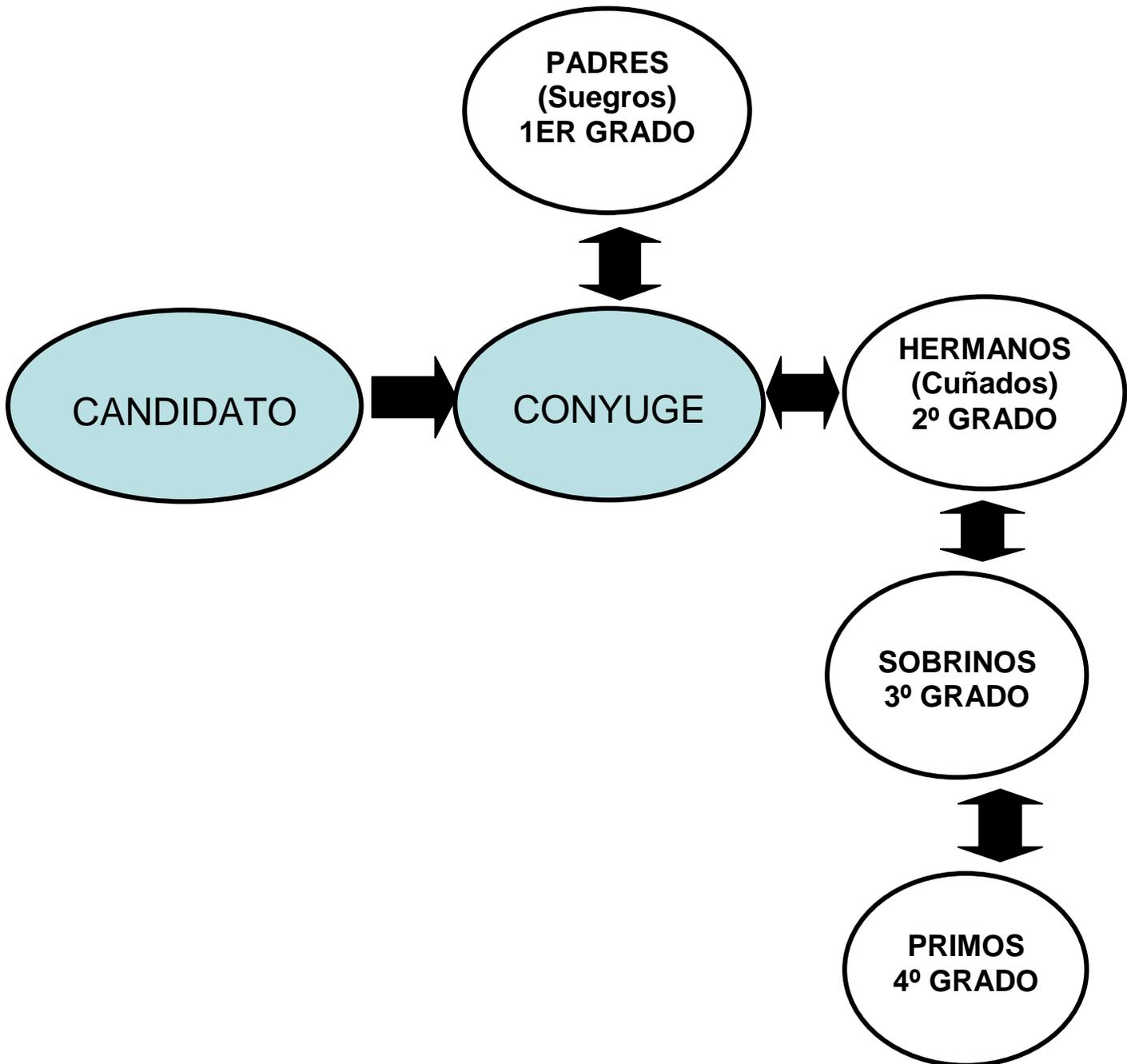
“ARTÍCULO 50. Parentesco civil. Parentesco civil es el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas.”

GRADOS DE PARENTESCO

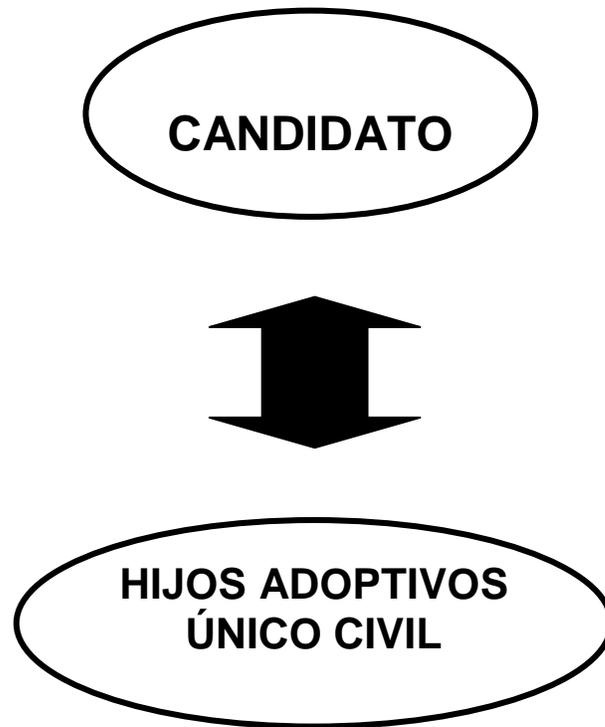
PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD



PARENTESCO POR AFINIDAD



PARENTESCO POR ADOPCION



CONSECUENCIAS DE LAS INHABILIDADES

Jurisprudencialmente se ha establecido que la configuración de las *“inhabilidades acarrea lo siguiente:*

a) Para quien aspira a ingresar o acceder a un cargo público, no podrá ser designado ni desempeñar dicho cargo.

b) Para quien sin haberse configurado alguna de las causales de inhabilidad mencionadas, es nombrada para ocupar un cargo o empleo en la Rama Jurisdiccional, o cuando encontrándose en ejercicio del cargo, incurre en alguna de ellas, será declarado insubsistente.

En todos estos eventos, la persona nombrada, deberá ser declarada insubsistente mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera judicial.”⁴

Respecto de lo anterior, el artículo 6º de la Ley 190 de 1995 señala:

“En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar.”

Frente al tema, la Corte Constitucional señaló que *“El artículo 6 de la Ley 190 de 1995, tras ordenar al servidor público informar de inmediato sobre la ocurrencia de inhabilidades o incompatibilidades sobrevenidas con posterioridad al acto de nombramiento o posesión, prescribe que “si dentro de los tres meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar...”*

Se pregunta la Corte si los principios de servicio a los intereses generales, igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad (C.P. art. 209), los cuales garantizan un determinado régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, se desconocen si la ley, en lugar de optar por autorizar el retiro inmediato de un funcionario público incurrido en una causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, otorga a éste un plazo de tres meses para poner fin a la situación que les ha dado origen.

7. Dos precisiones deben hacerse antes de ahondar en el análisis. La primera, no cabe plantear una relación de igualdad y, por ende, una vulneración al mismo, si se toman como términos de comparación las personas que no han podido acceder a la administración en razón de una específica inhabilidad que las cobija de un lado y, de otro, las personas nombradas o posesionadas que con posterioridad resultan afectadas por una inhabilidad o incompatibilidad.

⁴ Sentencia C-509 de 1994

Se trata de situaciones diferentes y, por consiguiente, su tratamiento legal puede no ser análogo. La segunda, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, por tutelar los principios en los que se inspira la función administrativa, no solamente es un requisito ex ante, sino también ex post. Con otras palabras, definido el ingreso de una persona a la administración, sigue sujeta al indicado régimen.

8. La Corte considera que es importante efectuar una distinción. Si la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, se originan en causas imputables al dolo o culpa del nombrado o al funcionario, no cabe duda de que la norma examinada es inconstitucional. Los principios en los que se basa la función pública, quedarían sacrificados si no se optara, en este caso, por el retiro inmediato del funcionario o la negativa a posesionarlo.

Si por el contrario, en la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, no se ha incurrido por el dolo o culpa del nombrado o al funcionario, y siempre que éstos en sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, puede considerarse razonable que se disponga de un término de tres meses para poner fin a la situación. De esta manera se preserva el derecho al trabajo, su estabilidad, y el acceso al servicio público, sin que por este hecho se coloque a la administración en trance de ver subvertidos sus principios medulares.

En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad del precepto acusado, pero bajo el entendido de que la norma se refiere únicamente al nombrado o al funcionario que no haya dado lugar por su dolo o culpa a la causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes.⁵

FORMALIDADES QUE SE DEBEN CUMPLIR PARA RETIRAR DEL SERVICIO A QUIEN LE SOBREVENGA UNA INHABILIDAD

“Estima la Corte que, desde luego, la insubsistencia o remoción del empleado o funcionario de la Rama Jurisdiccional, cuando se configure alguna de las causales de inhabilidad enumeradas en el artículo 3o. del Decreto 1888 de 1989, deberá estar precedido de la observancia del debido proceso a través del cual el inculcado previamente tendrá derecho como ocurre en los procesos disciplinarios, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra a fin de que pueda ejercer plenamente el derecho de defensa como lo determina el artículo 29 de la Constitución Política.

Se trata por tanto de respetar el debido proceso y la presunción de inocencia, con antelación al acto de insubsistencia, no pudiendo quedar sin efecto el nombramiento recaído en el funcionario o empleado de la Rama Jurisdiccional, sin que previamente se le haya comprobado plenamente que con respecto al mismo se ha configurado alguna de las causales consagradas en el artículo 3o. del Decreto 1888 de 1989, pues en el fondo de lo que se trata en el presente caso, no obstante lo deficiente de la redacción de la norma acusada es aplicar una sanción al servidor público de la Rama Jurisdiccional, a título de destitución por los motivos indicados, la cual debe estar revestida de las formalidades propias del juicio que garantice el derecho de defensa del inculcado.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. C-038/96, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

De esta manera, el acto de insubsistencia requiere para su validez de la configuración del presupuesto descriptivo de la inhabilidad y de la comprobación por parte de la autoridad correspondiente, previamente a su expedición.

Así mismo, el empleado o funcionario de la Rama Jurisdiccional a quien se le ha retirado del servicio por supuesta inhabilidad comprobada, tendrá derecho como reza la última parte de la disposición acusada, a ejercer las acciones contencioso-administrativas pertinentes contra la providencia respectiva para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara las decisiones adoptadas por los organismos o autoridades competentes, lo cual permite revisar las actuaciones y decisiones adoptadas en su contra, con la salvedad establecida en la sentencia No. C-417 de octubre 4 de 1993, proferida por esta Corporación, con ponencia del Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo, al decidir acerca de la exequibilidad del artículo 51 del mismo Decreto 1888 de 1989.

Por lo tanto, la norma demandada a juicio de la Corporación no viola el debido proceso ni la presunción de inocencia de que trata el artículo 29 de la Constitución Nacional, pues previamente a la declaratoria de insubsistencia, se le garantiza a quien se encuentra incurso en supuesta inhabilidad, la plena observancia de las formalidades propias del respectivo proceso y del derecho de defensa, que una vez finalizado, conduzca a absolverlo de los cargos formulados en su contra o a la insubsistencia motivada, frente a las causales de que trata el precepto demandado.”⁶

Por su parte el Consejo de Estado, frente al mismo tema expresó:

*“A términos del artículo 126 de la Carta los servidores públicos, entre ellos los de elección popular, “**no podrán nombrar** como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente”⁷, prohibición reiterada en el artículo 292 ibídem específicamente en relación con los diputados.*

Las finalidades de la prohibición general son evitar que los servidores investidos del poder de nominación lo utilicen para favorecer los intereses de personas con quienes tienen lazos de parentesco en los grados señalados en la Carta, o vínculo matrimonial o extramatrimonial permanente, conducta que, de no ser prevenida, comprometería de manera grave el derecho a la igualdad de oportunidades para acceder al ejercicio de funciones y cargos públicos, circunstancia que impone límites a este derecho en aras del interés público, todo lo cual se traduce en una restricción perentoria de la facultad nominadora de los servidores investidos de ella.

El alcance del artículo 126 está determinado por la locución “no podrán nombrar”, que da contenido a la prohibición: impedir que el nominador vincule a la administración a las personas que estén dentro de los grados de parentesco señalados, lo cual implica una restricción a la

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-509 de 1994

⁷ La Asamblea Nacional Constitucional, Comisión 3ª, debatió el tema a propuesta del constituyente Abel Rodríguez y de la verificación de los debates quien en la sesión plenaria de mayo 22/91 sostuvo que la norma perseguía “desnepotizar la administración pública o el servicio público, impedir que las familias se tomen los empleos (...) aquí buscamos evitar que los funcionarios que ejercen la autoridad comiencen a nombrar a sus familiares...”. Revisada la transcripción de las seis sesiones en que se discutió el asunto, se constata que la finalidad del precepto se contrae exclusivamente a la actividad nominadora.

utilización de la potestad nominadora, sin perjuicio de la facultad de libre remoción, conforme a la ley.

En relación con los parientes del nominador, se origina una inhabilidad para que éstos accedan al servicio público, una vez éste tome posesión del cargo, formalidad con la que se asume plenamente la función pública, lo cual significa que los parientes nombrados con anterioridad no están cobijados por la prohibición, puesto que su designación proviene de un acto que no solo ha sido expedido por quien, en principio, no estaba impedido para vincularlos, sino que goza de presunción de legalidad.

Como la conducta prohibida es la de “nombrar”, debe entenderse que la potestad nominadora sólo es viable ejercerla por el funcionario elegido hacia el futuro, luego de la asunción del cargo, lo que no es predicable de quien ya está prestando sus servicios; por tanto, tal facultad no es posible retrotraerla en el tiempo para darle un alcance que no se desprende de la norma constitucional, razón por la cual el funcionario o empleado vinculado con anterioridad a la posesión de su pariente investido de la potestad mencionada sólo tendría que retirarse del servicio, por el arribo de aquél a la administración, si así estuviera previsto en una norma legal que estableciera una inhabilidad sobreviniente.

Si bien el artículo 6° de la ley 190 de 1995, prevé la obligación del servidor de advertir inmediatamente - a la entidad a la cual presta servicios - que le ha sobrevenido al acto de nombramiento una inhabilidad o incompatibilidad, con la consecuencia de que si pasados tres meses no pone fin a la situación que la origina, cuando a ello hubiere lugar, procederá el retiro inmediato del servidor, su hipótesis normativa no es aplicable al caso en estudio puesto que no existe norma expresa que establezca una inhabilidad que determine la desvinculación.

Como no existe, que se conozca, tal precepto y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva y respecto del mismo está proscrita la analogía y la extensión de las causales a casos no previstos en la ley, no resulta procedente interpretar la norma constitucional en el sentido que el servidor deba retirarse ante una relación de parentesco que no existía al momento de su nombramiento y que por lo mismo es anterior a la posesión del pariente, cónyuge o compañero permanente, titular actual de la potestad nominadora.

Así, no se está en presencia de una inhabilidad sobreviniente, pues además de no estar prevista por el legislador, la establecida en el artículo 126 constitucional está referida al nombramiento o designación por el nominador recién posesionado y no a la efectuada con anterioridad a este hecho.”⁸

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE. Radicación número. 1347 del 26 de abril de 2001

INHABILIDADES COMUNES A TODOS LOS SERVIDORES PUBLICOS

Sin distinción de cargo o funciones el constituyente y el legislador han consagrado las siguientes inhabilidades:

FUNDAMENTO LEGAL	CAUSA	CONSECUENCIA	DURACIÓN	JURISPRUDENCIA
<p>Artículo 122 Constitución Política modificado por el Acto legislativo 01 de 2009 del 14 de julio.</p>	<p>Haber sido condenado por delitos contra el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior. Y el servidor público que con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, dé lugar a que condenen al Estado a una reparación patrimonial salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.</p>	<p>No podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado: los que producen de manera directa lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.</p> <p>Para estos efectos, la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de la misma constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado a saber :</p> <p>Peculado por apropiación (artículo 397)</p> <p>Peculado por uso (artículo 398)</p> <p>Peculado por aplicación oficial diferente (artículo 399)</p> <p>Peculado culposo (artículo 400)</p> <p>Tampoco quien haya dado lugar, como servidor</p>	<p>Intemporal.</p>	<p>- Corte Constitucional C-374/97, C-948/02, C-209/00, C-1212/01, C-952/01, C-373/02, C-948/02, y C-037/03, <i>“la inhabilidad contenida en el artículo 122 de la Carta es una inhabilidad sin término, que impide al servidor público afectado por ella volver a ejercer función pública alguna.”</i></p> <p>- Consejo de Estado. Sentencia Radicación número: 11001-03-15-000-2003-0270- 01(AI) del 25 de mayo de 2004 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo: <i>“la consagración de inhabilidades para el ejercicio de determinados cargos públicos “sin límite de tiempo”, no es inconstitucional, pues, el fundamento de su previsión reposa en la manifiesta necesidad de</i></p>

		público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.		garantizar y de hacer prevalecer el interés general”.
FUNDAMENTO LEGAL	CAUSA	CONSECUENCIA	DURACIÓN	JURISPRUDENCIA
Artículo 38, numeral 2º. de la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único	Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas.	No podrá desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo.	Duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.	La Corte Constitucional en sentencia C- 987- 06 declaró estarse a lo resuelto en la Sentencia C-544-05, la cual se declaró EXEQUIBLE el numeral por no ser violatorio del principio de favorabilidad.

Artículo 38, numeral 1º, de la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único.	Haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.	No podrá desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo del tercer proceso disciplinario.	Diez años anteriores al ejercicio, salvo que se trate de delito político.	
Artículo 38, numeral 3o de la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único.	Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.	No podrá desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo.		
FUNDAMENTO LEGAL	CAUSA	CONSECUENCIA	DURACIÓN	JURISPRUDENCIA

<p>Artículo 126 Constitución Política</p> <p>Mediante sentencia C-029 de 2009 se dispuso que la inhabilidades aplicables a parejas del mismo sexo.</p>	<p>Parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, (padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos y primos) segundo de afinidad, (suegros y cuñados) primero civil, (hijos adoptivos y padres adoptantes e hijos del cónyuge- art 47 C.C.C.) o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.</p>	<p>No podrán nombrar como empleados a personas <u>con las</u> cuales tengan parentesco ni designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.</p> <p>Se exceptúan nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos.</p>		<p>La Corte Constitucional en Sentencia C – 380 de 1997, Magistrado Ponente Doctor HERNANDO HERRERA VERGARA señaló: <i>“En efecto, en el artículo 126 de la Constitución Política las prohibiciones previstas se radican en cabeza de todos los servidores públicos estatales, incluidos los diputados y concejales, y consisten en la imposibilidad de ejercer la facultad nominadora respecto de las personas en los grados allí mencionados.</i></p>
<p>Artículo 179 numeral 8 Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009.</p>	<p>Elección para más de una Corporación o Cargo Público.</p>	<p>Nadie puede 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 inhabilidad no aplica para quienes renuncien 6 meses antes del último día de inscripciones de realización de elecciones del Congreso de la República en el 2010.</p>		

FUNDAMENTO LEGAL	CAUSA	CONSECUENCIA	DURACIÓN	JURISPRUDENCIA
<p>Artículo 29, inciso 1º, del Decreto 2400 de 1968 y artículo 121 del Decreto 1950 de 1973.</p> <p>Artículo 1º del Decreto 2040 de 20027.</p> <p>Artículo 1º del Decreto 4229 de 2004.</p> <p>Artículo 1, 2 y 3 del Decreto 583 de 1995.</p>	<p>Retiro con derecho a pensión de jubilación.</p>	<p>No podrá ser reintegrado al servicio, <u>salvo</u> cuando se trate de ocupar una de las siguientes posiciones: Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimiento Público o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de comisiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y Secretario Privado de los Despachos de los funcionarios de que trata el (artículo 29 del Decreto 2400 de 1968.)</p> <p>Consejero o Asesor, (artículo 121 del Decreto 1950 de 1973)</p> <p>Los cargos de elección popular (Decreto 583 de 1995)</p> <p>Director General de Unidad Administrativa Especial con o sin personería jurídica. (Decreto 2040 de 2002)</p> <p>Subdirector de Departamento Administrativo. (Decreto 4229 de 2004)</p>		
<p>LEY 80 DE</p>	<p>Aplicable a los</p>	<p>No pueden participar en licitaciones o concursos</p>	<p>La</p>	

1993, Numeral 2º, literales a, b,c y d	servidores o ex servidores públicos de que tratan los literales a, b, c y d del numeral 2º del artículo 8º de la ley 80 de 1993.	ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva.	indicada en el literal a) se extiende por el término de un año, contado a partir de la fecha de retiro.	
FUNDAME NTO LEGAL	CAUSA	CONSECUENCIA	DURACI ÓN	JURISPRUDENCIA
Decreto 2400 de 1968, art. 31 y Decreto 1950 de 1973, art 122	El servidor público que cumpla 65 años de edad	No podrá ser reintegrado al servicio a excepción de los empleos que se señalan en normas especiales...		

INHABILIDAD SOBREVINIENTE PARA EL SERVIDOR PÚBLICO

Acerca de la INHABILIDAD SOBREVINIENTE para el funcionario que viene trabajando con la administración y posteriormente es nombrado su familiar como nominador de la entidad a la cual presta sus servicios, se consulta al Consejo de Estado:

¿SE PREDICA DE UN SERVIDOR PÚBLICO DE LA ADMINISTRACIÓN DEPARTAMENTAL, CUYO FAMILIAR MEDIANTE ELECCIÓN POPULAR ASUME COMO NOMINADOR DE LA ENTIDAD EN LA CUAL PRESTA SUS SERVICIOS? EI CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Veintiocho (28) de febrero de dos mil ocho (2008). Consejero Ponente: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO Radicación No. 1.879.

“2. Inhabilidad sobreviniente

Una causal de inhabilidad se torna en sobreviniente cuando durante el desempeño de un cargo se presentan situaciones previstas en la ley como supuestos de hecho de una inhabilidad, de manera que por ser de ocurrencia posterior a la elección o nombramiento no genera la nulidad del acto de elección o designación, pero tiene consecuencias jurídicas respecto del ejercicio del cargo que se está desempeñando.

El artículo 37 del Código Disciplinario único, se refiere a las inhabilidades sobrevinientes en los siguientes términos:

ARTÍCULO 37. INHABILIDADES SOBREVINIENTES. Las inhabilidades sobrevinientes se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción. En tal caso, se le comunicará al actual nominador para que proceda en forma inmediata a hacer efectivas sus consecuencias.

De igual forma la ley 190 de 1995 "Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa", establece en su artículo 6o.

ARTÍCULO 6o. En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Por tratarse de inhabilidades sobrevivientes, en caso de presentarse una situación de esta naturaleza, la norma prevé un mecanismo de solución diferente a la declaratoria de nulidad, al señalar en su inciso segundo que "Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar".

Es de advertir que el citado inciso segundo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-038 de 1996 "pero únicamente bajo el entendido de que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevivientes no se hayan generado por dolo o culpa imputables al nombrado o al funcionario público a los que se refiere dicho precepto".

3. Prohibición a los servidores públicos de nombrar familiares e impedimento para que éstos sean designados en el mismo nivel territorial

Como antes se dijo, fue propósito esencial del Constituyente de 1991 establecer un régimen riguroso de inhabilidades, incompatibilidades y limitaciones para el ejercicio de los cargos públicos, con el objeto de garantizar que el ejercicio de funciones públicas condujera a la toma de decisiones objetivas acordes con la finalidad esencial del Estado, que es el bienestar comunitario.

Por ello, con el fin de evitar que el ingreso al servicio público pueda originarse en consideraciones distintas a los méritos y calidades personales y profesionales de los aspirantes, algunos preceptos Constitucionales y legales prohíben a los servidores públicos designar bien sea de manera general o para el ámbito territorial de su jurisdicción a personas con las cuales se tienen cierto tipo de vínculos familiares.

En tal sentido el artículo 126 de la Constitución consagra la siguiente prohibición general a los servidores públicos:

"ARTICULO 126. Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos". (Negrillas de la Sala).

Igualmente, el artículo 292 Superior, en su inciso segundo establece:

"Artículo 2o. (...)

No podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil" (Negrillas de la Sala).

Las dos normas constitucionales no se excluyen sino que por el contrario comparten una misma finalidad, haciéndose compatibles en su aplicación. En efecto, el artículo 126 prohíbe a todo servidor público nombrar a sus parientes dentro de ciertos grados de consanguinidad o afinidad. Para que esta prohibición opere se requiere entonces que el servidor público sea el nominador y su pariente el nominado, por ello la norma constitucional dice "los servidores públicos no podrán nombrar...".

En cambio en el enunciado del artículo 292 consagra la prohibición para ciertos ciudadanos de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos de la respectiva entidad territorial, cuando en la misma ejercen su actividad como diputados o concejales personas con quienes tienen un vínculo matrimonial o de unión permanente de hecho o parentesco en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

Ahora, si bien es cierto que el propio texto Constitucional consagra la prohibición en relación con el acceso al servicio público por vínculos familiares, también lo es que corresponde al legislador desarrollarla en ejercicio de las facultades otorgadas por el mismo ordenamiento superior en los artículos 123 al disponer que "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", y 150.23, según el cual: "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones... 23. Expedir las leyes que regirán el servicio de las funciones públicas...".

En virtud de esa facultad de configuración legal, se expidió la ley 1148 de 2007 "Por medio de la cual se modifican las leyes 136 de 1994 y 617 de 2000", en la que el legislador reiteró la prohibición contenida en los artículos 126 y 292 de la Carta Política.

Dice el artículo 1o. de la ley 1148 de 2007 por medio del cual se modificó el artículo 49 de la ley 617 de 2000:

"Artículo 1o. El artículo 49 de la ley 617 de 2000 que dará así.

Artículo, 49. Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales.

(...)

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

(...)

Parágrafo 1o. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

(...)

4. El caso concreto

La consulta que en este concepto se atiende, pretende establecer si sobreviene inhabilidad para un servidor público departamental, por el hecho de que un pariente suyo haya tomado posesión en un cargo de elección popular que tiene asignada la facultad nominadora de la entidad donde el servidor en cuestión se encuentra vinculado.

En el caso descrito para que la persona elegida esté sujeta a la prohibición constitucional de que habla el artículo 126 de la Carta, esto es, de **nombrar o designar como funcionarios del respectivo departamento** a sus cónyuges o compañeros permanentes y a sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, es requisito sine qua non que tome posesión del respectivo cargo, formalidad con la que se asume plenamente la función pública y, para el caso, la facultad nominadora; la cual, dicho sea de paso, sólo es posible ejercerla hacia el futuro.

Igualmente, para que se presente la prohibición prevista en los artículos 292 inciso segundo

y 49 de la ley 617 de 2000, esto es, para que los parientes de la persona elegida no puedan ser designados para los cargos allí referenciados, es presupuesto indispensable que aquella haya tomado posesión del cargo, independientemente de que el mismo comporte o no el ejercicio de la función nominadora.

Las dos modalidades de prohibición analizadas tienen un elemento en común para que puedan configurarse, esto es, que el pariente elegido haya previamente tomado posesión del respectivo cargo.

Sin embargo, en el caso que se analiza el servidor público departamental que nos ocupa se encontraba vinculado a la entidad antes de que su pariente resultara elegido, es decir, su designación provino de un acto administrativo expedido por quien era competente y no se hallaba impedido para hacerlo; acto éste que además se encuentra amparado por la presunción de legalidad.

No sobra advertir que una vez posesionado el pariente nominador, éste no podrá ascender, evaluar o promocionar al familiar vinculado a la entidad, salvo que el mismo se encuentre desempeñando un cargo de carrera administrativa, situación que lo haría incurso en la excepción prevista en inciso segundo del artículo 126 Superior y parágrafo 1o. del artículo 49 de la ley 617 de 2000.

En este orden, la Sala considera que en el asunto materia de estudio no se configura inhabilidad sobreviniente alguna, por no estar prevista la situación planteada en norma constitucional o legal que así lo establezca, razón por la cual se mantiene en todas sus partes la posición doctrinaria contenida en el Concepto 1347 de 2001.

LA SALA RESPONDE:

Al servidor público vinculado a la administración departamental con anterioridad a la posesión de un familiar –en los grados previstos en la Constitución y en la ley- en un cargo de elección popular que comporta la facultad nominadora de la entidad donde se encuentra laborando, no le sobreviene inhabilidad alguna por el hecho de que su vinculación es anterior a la elección y posterior posesión del referido pariente.”

EJERCICIO DE EMPLEOS PUBLICOS POR PENSIONADOS

Salarios del pensionado por vejez que se reintegra al servicio.

Las personas que se encuentren gozando de pensión de jubilación o vejez y se reintegren al servicio en uno de los empleos antes señalados percibirán la asignación mensual correspondiente. En el evento de que dicha asignación fuere inferior a la mesada pensional, percibirán adicionalmente la diferencia por concepto de pensión, hasta la concurrencia del valor total de esta prestación social.

En ningún caso el valor anual que se reciba por concepto de asignación básica mensual, gastos de representación y demás emolumentos salariales, prestaciones sociales que se causen durante el servicio y diferencia por concepto pensional, según el caso, podrá ser superior a la que le correspondería en el mismo periodo por concepto de pensión.

El pensionado deberá informar de su situación a la entidad de previsión social que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión para que suspenda el pago o asuma la diferencia.

JURISPRUDENCIA

- ✓ **La Corte Constitucional, sentencia C-124 de 1996** Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, referente a la vinculación de pensionados a la Administración Pública expuso:

“Por su parte, el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968 establece que “la cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos: (...) d) Por retiro con derecho a jubilación”.

Igualmente, el artículo 29 ibídem señala como regla general para efectos del retiro, que:

“El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio”.

*No obstante, en la misma disposición en su inciso 2o. (acusado) se establecen los casos en los cuales la persona pensionada por jubilación puede ser eventualmente reintegrada al servicio, en los cargos allí **determinados en forma taxativa**, a saber: Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio y de Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y Secretarios Privados de los Despachos de los funcionarios aquí previstos.*

Adicionalmente y complementando este precepto, el artículo 31 del decreto ibídem, determina que:

“Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años, será retirado del servicio y no será reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión por vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos.

Exceptúan se de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2o. del artículo 29 de este decreto (negrillas y subrayas fuera de texto).

Ahora bien, según el artículo 125 de la Carta Política, el legislador está habilitado para determinar las formas de ingreso y retiro de los empleados en los órganos y entidades del Estado. No obstante la regla general, según la cual el cumplimiento de la edad de retiro forzoso o de los requisitos para poder disfrutar de una pensión de jubilación, da lugar al retiro del servicio del empleado, sin que pueda ser reintegrado al mismo, el legislador está facultado para consagrar excepciones a dicha prohibición, pudiendo señalar algunos cargos de libre nombramiento y remoción, susceptibles de ser desempeñados por personas jubiladas, como los mencionados en el precepto acusado (artículo 29 del Decreto 2400 de

1968, subrogado por el Decreto 3074 del mismo año), cuya norma no ha perdido vigencia a juicio de esta Corporación con la expedición de la Constitución Política de 1991, en aras de la eficacia y eficiencia de la función pública.

Desde luego que en este evento se entiende que el pensionado reincorporado al servicio para desempeñar alguno de los cargos señalados en la norma acusada no podrá, mientras dure en ejercicio de las funciones inherentes al respectivo empleo, recibir la asignación pensional correspondiente, sino aquellas derivada del empleo respectivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 128 superior que prohíbe “recibir más de una asignación que provenga del tesoro público”.

Resulta entonces claro para la Corte que las excepciones previstas en la norma sub-examine, se refieren a los cargos mencionados, a los cuales se accede en virtud de elección popular -en el caso del Presidente de la República- o en ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción en los demás eventos, y dada la naturaleza e importancia de los mismos, requieren ser desempeñados por personas cuya experiencia, conocimientos y trayectoria garanticen la eficiencia de la función pública.

A lo anterior debe agregarse que las normas consagradas en el Decreto 2400 de 1968, subrogado por el Decreto 3074 del mismo año, regula la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público, sin hacer referencia en ellos a las autoridades del orden departamental, distrital o municipal.

Por el contrario, estima la Corporación que dicho precepto desarrolla el mandato superior que habilita al legislador para regular las normas relacionadas con el ingreso y retiro del servicio -artículo 125 CP.-, y adicionalmente, establece situaciones excepcionales que permitan a los pensionados por jubilación desempeñar los empleos señalados en la misma disposición, los cuales por su naturaleza y delicada función, demandan un alto grado de confianza, experiencia y conocimientos para la verdadera y real eficacia de la función pública dentro del adecuado cumplimiento de los fines del Estado.”

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de mayo 8 de 2003. Radicación No. 1480, Consejera Ponente: SUSANA MONTES DE ECHEVERRI, respecto a la prohibición para el pensionado de percibir doble asignación proveniente de él Tesoro público, señalo:

“En cuanto a la posibilidad de ingreso al servicio público, las normas propias del servicio civil del Estado, las cuales tienen carácter especial y no han sido derogadas expresamente, establecen la prohibición de la reincorporación al servicio público de un pensionado, salvo en los casos de excepción consagrados o contemplados en la ley:”

“(…)”

Igualmente, la lista de cargos de excepción fue adicionada por el parágrafo del artículo 66 de la ley 136 de 1.994, modificado por el artículo 20 de la ley 617 de 2000, en relación con la posibilidad del ejercicio del cargo de Concejal por pensionados, norma que dispone:

“Causación de honorarios. (...)

Parágrafo: Los honorarios son incompatibles con cualquier asignación proveniente del tesoro público del respectivo municipio, excepto con aquellas originadas en pensiones o sustituciones pensionales y las demás excepciones previstas en la ley 4ª de 1.992.

“A esta mención de normas especiales deben agregarse todas las leyes que regulan otras situaciones específicas como por ejemplo para la rama judicial el Decreto 542 de 1.977, artículo 11 y la Ley 361 de 1.997 respecto de los discapacitados.”

“Para estos especiales casos excepcionales de reincorporación del pensionado al servicio, el decreto 583 de 1.995, en el artículo 1º, reguló la manera como debe realizarse el pago de los servicios...”

“Es decir, que por mandato expreso de la ley, el pensionado incorporado al servicio público no puede recibir sino la asignación del cargo o ésta y la diferencia en monto con relación al de su pensión, pero no podrá percibir en forma simultánea sueldo y pensión completos.

“Otra situación bien distinta es la que resulta del contenido del artículo 19 de la ley 4ª de 1.992, en donde se regulan los casos de excepción a la prohibición constitucional de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público, eventos en los cuales, es posible recibir, simultáneamente, tanto el sueldo como la pensión; son, por consiguiente, casos expresamente determinados por la ley y como tales de aplicación restrictiva...”

INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA PENSIÓN POR VEJEZ Y EL SUELDO POR EL DESEMPEÑO DE UN CARGO PÚBLICO.

Como se indicó en el acápite anterior, quienes tengan el estatus de pensionado sólo se podrán reincorporar al servicio estatal en alguno de los cargos de excepción, evento en el cual sólo podrán percibir la asignación del cargo y, si a ello hubiere lugar, el excedente sobre la pensión, tal como lo señala el artículo 1º del Decreto 583 de 1.995, antes transcrito....

Igualmente, con relación al Vocablo ASIGNACIÓN, el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación No 1344 de mayo 10 de 2001, Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, relativo al artículo 128 de la C.P, expresó:

“Para efectos de lo dispuesto en los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4ª de 1992, el vocablo "asignación" es un término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibidas por los servidores públicos - sin excepción, dado que la expresión "nadie" no excluye a ninguno de ellos -, por concepto de remuneración, consista ésta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislador.”

La misma Corporación, en el citado concepto 1344 de 2000, sobre la prohibición de percibir más de una asignación del tesoro público, da alcance al artículo 128 de la Constitución Política, para responder la consulta sobre si los pensionados, pueden celebrar contratos de

prestación de servicios pagados con recursos provenientes del tesoro público, expresando, en algunos de sus apartes lo siguiente:

“...”

“Sin perjuicio de aceptar que la pensión de jubilación es una asignación en los términos señalados, la incompatibilidad no cobija al beneficiario de la misma, en cuanto la prohibición persigue evitar la acumulación de cargos remunerados en un mismo servidor público - el pensionado no tiene esta connotación, no tiene relación laboral con el Estado -, con el consiguiente menoscabo de la moralidad administrativa, el acaparamiento de las posiciones públicas, de los empleos y de su retribución pecuniaria.

“... la persona pensionada en el sector público, no ostenta la calidad de servidor público y, por ende, las previsiones contenidas en los artículos que regulan la doble asignación no es posible aplicarlas de forma aislada, sino en conexión con las limitaciones impuestas a quienes están sometidos a las reglas de la función pública y a las excepciones establecidas por el legislador, de lo cual se sigue que los pensionados del sector oficial no están impedidos para celebrar contratos con entidades estatales, ni para percibir simultáneamente la asignación de un empleo, en caso de ser reincorporado al servicio, todo conforme a la ley.” (Resaltado nuestro)

El Consejo de Estado responde la consulta, en los siguientes términos:

“1. Para efectos de lo dispuesto en los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4a de 1992, el vocablo "asignación" es un término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibidas por los servidores públicos -sin excepción, dado que la expresión "nadie" no excluye a ninguno de ellos -, por concepto de remuneración, consista ésta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislador.

“2. y 3. La prohibición contenida en las disposiciones aludidas se predica de toda persona que se llegue a encontrar ubicada en el contexto de la función pública, como servidor público. El particular no está sujeto a la prohibición y por tanto no le resulta incompatible celebrar más de un contrato estatal, salvo que ejerza temporalmente funciones públicas o administrativas.

“4. Los beneficiarios de pensiones públicas pueden celebrar contratos de prestación de servicios pagados con recursos provenientes del tesoro público”.

El CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección “B” Consejero Ponente: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO, treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006), Radicación número: 25000-23-25-000-1999-05240-01(4031-03), acerca de la reincorporación del pensionado al servicio y el reajuste de su mesada pensional, expresó:

“La Sala, en obediencia a la previsión contemplada en el inciso segundo del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto ordena que en la sentencia definitiva se decida sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada, para resolver la presente controversia, aplicará la primera parte del artículo 1º del Decreto 583 de 1995 e inaplicará el artículo 2º ibídem, con fundamento en las razones que a continuación se exponen: El Decreto 583 de 1995 es confuso y contradictorio, pues mientras que en la primera parte del artículo 1º dispone que el pensionado que se reintegre al servicio en uno de los empleos señalados en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 o en uno de elección popular percibirá la asignación mensual correspondiente, en el artículo 2º establece un limitante, consistente en que en ningún caso el valor anual que se reciba podrá ser superior a lo que correspondería en el mismo periodo por concepto de pensión. La anterior contradicción, sirvió de fundamento a la entidad demandada para no cancelar al actor, la remuneración mensual correspondiente al cargo de Gobernador de Cundinamarca, sino que le pagó el equivalente a lo que venía percibiendo por concepto de su mesada pensional. La Sala estima que apartarse de la previsión consagrada en el artículo 1º del Decreto 583 de 1995 con el propósito de no pagar al actor la remuneración mensual correspondiente al cargo de Gobernador de Cundinamarca por el lapso que desempeñó tales funciones, y en su lugar aplicar la literalidad del artículo 2º del mismo decreto, implica desconocer los siguientes principios mínimos que por mandato constitucional (C. N. art. 53) debe contener el estatuto del trabajo: Remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo; Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales; Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; Todas las personas recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades.

De aceptar la perspectiva que manejó la entidad demandada, en los actos acusados, se perdería el efecto útil previsto el artículo 4 del Decreto 583 de 1995, en cuanto señala que la revisión del valor de la mesada pensional, si a ello hubiere lugar, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1º, se sujetará a las previsiones del artículo 4º de la Ley 171 de 1961. Si se entendiera que en ningún caso el valor anual que se reciba puede ser superior a lo que correspondería por concepto de pensión, ninguna pensión sería susceptible de revisión en los términos del artículo 4º de la Ley 171 de 1961. Abundando en razones, si se acogieran los planteamientos expuestos, tanto por la entidad demandada, como por el juzgador de primera instancia, ello equivaldría a que en vez de dar plena aplicación al artículo 4º del Decreto 583 de 1995, más bien resultara modificada la ley 171 de 1961, y ello no es posible a través del citado Decreto, pues tanto la pensión, como sus reajustes, sustituciones, liquidaciones y revisiones, son aspectos reservados a la ley.

Concepto DAFP

¿Un empleado público de un municipio sancionado por la Contraloría Departamental quien cancela el valor de la sanción puede aspirar a un cargo de elección popular? RAD 11588/2005 (Radicación. EE10171 de 08-Nov-05)

“...se considera que el ex servidor público de un municipio, sancionado fiscalmente por la Contraloría Departamental estará inhabilitado para ejercer cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente, dicha inhabilidad cesa cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o si éste no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la Republica excluya a la persona del boletín de responsables fiscales, en consecuencia si usted efectuó el pago la inhabilidad a que se ha hecho referencia cesará.” .

Concepto DAFP

¿Pueden laborar varios miembros de una familia en una entidad del Estado? RAD. 16896/2005. 2005 (Radicación. EE1336 de 16-Feb-06)

“...la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar en la entidad que dirige a personas con las cuales tenga relación de parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir, hasta el cuarto grado de consanguinidad, como son padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos; segundo de afinidad-suegros, nueras y cuñados, o primero civil - hijos adoptivos y padres adoptantes; o relaciones de matrimonio o unión permanente. Tampoco podrá nombrar a personas vinculadas por los mismos lazos con el servidor público competente para intervenir en la vinculación del nominador. Esta prohibición tiene como única excepción los nombramientos que se hagan en la aplicación a las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por concurso.

En este orden de ideas, no existe ninguna inhabilidad e incompatibilidad para que varios miembros de una familia (madre – hija) laboren en una entidad del Estado, mientras una de ellas no tenga la función nominadora dentro de la institución, es decir, que la una no produzca el nombramiento de la otra.”

Concepto DAFP

¿Puede el esposo de la hija de un Congresista formar parte de la Unidad de Trabajo Legislativa del mismo Congresista? RAD. 16842/2005 (Radicación. EE1564 de 23-Feb-06)

*“De conformidad con la norma constitucional.... la prohibición para el funcionario que ejerza la función nominadora, consiste en que no puede nombrar en la entidad que dirige a personas con las cuales tenga relación de parentesco en los grados señalados en la citada norma constitucional, es decir hasta el cuarto grado de consanguinidad, como son padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, primos y sobrinos; segundo de afinidad- suegros, nueras y cuñados, o primero civil - hijos adoptivos y padres adoptantes; o relaciones de matrimonio o unión permanente. **Tampoco podrá nombrar a personas vinculadas por los mismos lazos con el servidor público competente para intervenir en la vinculación del nominador.** Esta prohibición tiene como única excepción los nombramientos que se hagan en la aplicación a las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por concurso.*

En este orden de ideas,.... se considera que el yerno de un Congresista no podrá formar parte de la Unidad de Trabajo Legislativo del mismo Congresista pues si bien el nominador es la Mesa Directiva, en el caso de la Cámara, y Director General en el caso del Senado; el Congresista interviene en su nominación por cuanto él tiene la facultad de postulación.”

Concepto DAFP

¿Puede un pensionado percibir otra asignación del Estado por concepto de la celebración de un contrato de prestación de Servicios (O.P.S)? RAD 7190- 7405/2005 (Radicación. EE5019 de 03-Jun-05)

“(...) con relación al Vocablo ASIGNACIÓN, el Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación No 1344 de mayo 10 de 2001, Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, relativo al artículo 128 de la C.P, expresó:

“Para efectos de lo dispuesto en los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4ª de 1992, el vocablo "asignación" es un término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibidas por los servidores públicos - sin excepción, dado que la expresión "nadie" no excluye a ninguno de ellos -, por concepto de remuneración, consista ésta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislador.”

La misma Corporación, en el citado concepto 1344 de 2000, sobre la prohibición de percibir más de una asignación del tesoro público, da alcance al artículo 128 de la Constitución Política, para responder la consulta sobre si los pensionados, pueden celebrar contratos de prestación de servicios pagados con recursos provenientes del tesoro público, expresando, en algunos de

sus apartes lo siguiente:

“...”

“Sin perjuicio de aceptar que la pensión de jubilación es una asignación en los términos señalados, la incompatibilidad no cobija al beneficiario de la misma, en cuanto la prohibición persigue evitar la acumulación de cargos remunerados en un mismo servidor público - el pensionado no tiene esta connotación, no tiene relación laboral con el Estado -, con el consiguiente menoscabo de la moralidad administrativa, el acaparamiento de las posiciones públicas, de los empleos y de su retribución pecuniaria.

*“... la persona pensionada en el sector público, no ostenta la calidad de servidor público y, por ende, las previsiones contenidas en los artículos que regulan la doble asignación no es posible aplicarlas de forma aislada, sino en conexión con las limitaciones impuestas a quienes están sometidos a las reglas de la función pública y a las excepciones establecidas por el legislador, de lo cual se sigue que los pensionados del sector oficial no están impedidos para celebrar contratos con entidades estatales, ni para percibir simultáneamente la asignación de un empleo, en caso de ser reincorporado al servicio, todo conforme a la ley.” **(Resaltado nuestro)***

El Consejo de Estado responde la consulta, en los siguientes términos:

“1. Para efectos de lo dispuesto en los artículos 128 de la Constitución Política y 19 de la ley 4a de 1992, el vocablo "asignación" es un término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibidas por los servidores públicos -sin excepción, dado que la expresión "nadie" no excluye a ninguno de ellos -, por concepto de remuneración, consista ésta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislador.

2. y 3. La prohibición contenida en las disposiciones aludidas se predica de toda persona que se llegue a encontrar ubicada en el contexto de la función pública, como servidor público. El particular no está sujeto a la prohibición y por tanto no le resulta incompatible celebrar más de un contrato estatal, salvo que ejerza temporalmente funciones públicas o administrativas.

4. Los beneficiarios de pensiones públicas pueden celebrar contratos de prestación de servicios pagados con recursos provenientes del tesoro público”

“... un pensionado del sector oficial no está inhabilitado para percibir otra asignación del tesoro público, derivada de un contrato de prestación de servicios (Orden de Prestación de Servicios) cualquiera sea su objeto.”

Concepto DAFP

¿Un pensionado puede percibir simultáneamente la asignación pensional y la remuneración como Alcalde Municipal? RAD. 2815/2007. (Radicación. EE2959 de 18-Abr-07)

*“...el pensionado podrá percibir la asignación mensual del cargo para el cual fue nombrado como Alcalde Municipal con sus **respectivas prestaciones sociales y demás emolumentos** a los cuales tiene derecho; en el evento de que la asignación mensual del empleo sea inferior a su mesada pensional, podrá percibir adicionalmente, la diferencia entre aquella y la mesada, en las condiciones que expone el Decreto 583 de 1995.”*

Concepto DAFP

¿Puede un pensionado de la Policía Nacional vincularse como empleado de la Cámara de Representantes? REF. 10085/2006 (Radicación. EE6809 de 10-Ago-06)

“...si la retribución del ex - servidor público proviene de una asignación de retiro o de una pensión otorgada por la Policía Nacional (Pensión Policial), dicha situación es considerada por la Ley como una de las excepciones para poder percibir dos asignaciones del erario público, es decir, salario y asignación pensional; por consiguiente, para el caso objeto de consulta no hay ninguna inhabilidad o incompatibilidad para que el pensionado de la Policía Nacional pueda vincularse laboralmente con el Estado como empleado de la Cámara de Representantes y percibir las dos asignaciones del Tesoro Público.

Contrario a lo anteriormente expuesto, si el ex - empleado obtuvo la pensión del sector administrativo de la Policía Nacional, es decir, del personal civil no uniformado, estará impedido legalmente para vincularse con entidades del Estado, ya que el reintegro de un empleado público retirado por pensión de jubilación, sólo podrá efectuarse a los empleos consignados en el artículo 29 del Decreto - ley 2400 de 1968, el artículo 1º del Decreto 2040 de 2002, o a los de elección popular en las condiciones que expone el Decreto 583 de 1995.”

INHABILIDADES DE DIRECTORES, GERENTES Y MIEMBROS DE JUNTAS DIRECTIVAS DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ORDEN NACIONAL.

FUNDAMENTO LEGAL.

Decreto 128 de 1976: “*por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas*”.

“Artículo 3o. *DE QUIENES NO PUEDEN SER ELEGIDOS O DESIGNADOS MIEMBROS DE JUNTAS O CONSEJEROS, GERENTES O DIRECTORES. Además de los impedimentos o inhabilidades que consagren las disposiciones vigentes, no podrán ser elegidos miembros de Juntas o Consejos Directivos, ni Gerentes o Directores quienes:*

a. Se hallen en interdicción judicial;

b. Hubieren sido condenados por delitos contra la administración pública, la administración de justicia o la fe pública, o condenados a pena privativa de la libertad por cualquier delito, exceptuados los culposos y los políticos;

c. Se encuentren suspendidos en el ejercicio de su profesión o lo hubieren sido por falta grave o se hallen excluidos de ella;

d. Como empleados públicos de cualquier orden hubieren sido suspendidos por dos veces o destituidos;

e. Se hallaren en los grados de parentesco previstos en el Artículo 8o. de este Decreto;

f. Durante el año anterior a la fecha de su nombramiento hubieren ejercido el control fiscal en la respectiva entidad.”

“Artículo 4o. *DE LAS PROHIBICIONES A LOS FUNCIONARIOS DE LA CONTRALORIA. No podrán hacer parte de las Juntas a que se refiere el presente Decreto quienes sean funcionarios o empleados de la Contraloría General de la República, excepción hecha de quienes por estatutos u otras normas asistan a los mismos con derecho a voz pero no a voto.”*

“Artículo 8o. *DE LAS INHABILIDADES POR RAZON DEL PARENTESCO. Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos no podrán hallarse entre sí ni con el Gerente o Director de la respectiva entidad, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Habrá lugar a modificar la última elección o designación que se hubiere hecho, si con ella se violó la regla aquí consignada.”*

“Artículo 10. *DE LA PROHIBICION DE PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES. Los miembros de las Juntas o Consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los Gerentes o Directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece.*

Artículo 11. *DE LA PROHIBICION DE DESIGNAR FAMILIARES. Las Juntas y los Gerentes o Directores no podrán designar para empleos en la respectiva entidad a quienes fueren cónyuges de los miembros de aquéllas o de éstos o se hallaren con los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.”*

Ley 489 de 1998. “por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”

“Artículo 79. REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS MIEMBROS DE LOS CONSEJOS Y DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. Además de lo dispuesto en la Constitución Política sobre **inhabilidades** de los congresistas, diputados y concejales, para ser miembro de los consejos directivos, director, gerente o presidente de los establecimientos públicos, se tendrán en cuenta las prohibiciones, incompatibilidades y sanciones previstas en el Decreto-ley 128 de 1976, la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes que las modifiquen o sustituyan.”

“Artículo 102. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen.”

Ley 1105 de 2006 “por medio de la cual se modifica el Decreto-ley 254 de 2000, sobre procedimiento de liquidación de entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional y se dictan otras disposiciones.”

“Artículo 5°. El artículo 5° del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así:

Artículo 5°. Del liquidador. El liquidador será de libre designación y remoción del Presidente de la República; estará sujeto al mismo régimen de requisitos para el desempeño del cargo, **inhabilidades**, incompatibilidades, responsabilidades y demás disposiciones previstas para el representante legal de la respectiva entidad pública en liquidación.

Sin perjuicio de lo anterior, podrá ser designado como liquidador quien se haya desempeñado como miembro de la junta directiva o gerente o representante legal de la respectiva entidad o en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece.”

JURISPRUDENCIA

Respecto a las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de las Juntas Directivas, Gerentes y Directores de las empresas descentralizadas del Estado contempladas en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, el Consejo de Estado mediante sentencia del 24 de junio de 2004, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta Consejera Ponente: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN, expresó:

“(..)”

“En cuanto al artículo 10º, el actor considera que éste prohíbe a los gerentes o directores de las entidades descentralizadas “actuar nuevamente” en la misma entidad dentro del año siguiente al retiro, es decir, desempeñar dentro de ése período otro cargo en la entidad a la que estaban vinculados.”

“Para la Sala es inequívoco que la norma establece a los gerentes o directores la prohibición de prestar sus servicios profesionales en la entidad descentralizada a la que estuvieron vinculados, dentro del año siguiente al retiro.

Entendiendo que los servicios profesionales a los que se refiere la disposición en comento pueden ser prestados bien en virtud de una vinculación legal o reglamentaria, ora mediante una relación contractual, (...) (Resaltado nuestro)

Concepto DAFP

¿Un ex miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado -E.S.E-, puede ser elegido como Gerente de la misma entidad? RAD 9917/2005. (Concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública Radicación. 7896 de 31-Ago-05)

“...el ex miembro o miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado, está inhabilitado para ser nombrado como Gerente de la misma Entidad, ya que el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, estableció que los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actuó.”

Concepto DAFP

¿Puede un miembro de la Junta Directiva de un Establecimiento Público del orden municipal al renunciar, ser vinculado laboralmente a la misma entidad? RAD 9766/2004 (Radicación. EE7030 de 05/08/2004)

“...los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos, durante el año siguiente a su retiro, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece, ni podrá celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno con la misma entidad.”

Concepto DAFP

¿Un miembro de la Junta Directiva al retirarse de la Junta queda inhabilitado para celebrar contrato con la misma entidad? RAD. 1139 - 991/2007 (Radicación. EE1669 de 02-Mar-07)

“...la persona que ha sido miembro de Junta o Consejo Directivo de una entidad descentralizada, está inhabilitada para contratar durante el año siguiente a su retiro con la misma entidad o con las que hagan parte del sector administrativo; igualmente quedara inhabilitado por el mismo término para prestar a título particular servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo que desempeñaba, se precisa que no se trata de una prohibición genérica para desempeñar totalmente una profesión u oficio que si podrá ejercer, salvo ante la entidad que laboró como funcionario y frente a los temas en los que tuvo alguna injerencia, por razón de la función o cargo que desempeñaba.”

Concepto DAFP

¿El miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado puede ser encargado como Gerente de la misma Empresa? RAD. EE 5829 del 4 de junio de 2009.

De conformidad con las normas expuestas, un miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado, en criterio de esta Dirección se encuentra inhabilitado para ser encargado como Gerente de la misma entidad, en razón a que el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, estableció que los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actuó o actuaron.

INHABILIDADES PARA SER PRESIDENTE O VICEPRESIDENTE DE LA REPUBLICA

FUNDAMENTO LEGAL.

- **Constitución Política (Artículo. 197). Modificado A.L. 2/2004 art. 2**

“Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos.

*No podrá ser elegido Presidente de la República o Vicepresidente quien hubiere incurrido en alguna de las causales de **inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179**, ni el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquiera de los siguientes cargos:*

Ministro, Director de Departamento Administrativo, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, o del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Comandantes de las Fuerzas Militares, Director General de la Policía, Gobernador de Departamento o Alcaldes.”

JURISPRUDENCIA

- ✓ Mediante la sentencia C-1040 de 2005 la Corte Constitucional declaró exequible el Acto Legislativo No. 2 de 2004 que permite la reelección inmediata por una sola vez del Presidente de la República entre otras razones por considerar que (...) *“en el propio acto legislativo se introdujeron reglas y garantías orientadas a asegurar el equilibrio en el debate electoral y que, por voluntad expresa del reformador, buscan promover las condiciones de igualdad entre los candidatos”* (...) *los empleados públicos habilitados por la Constitución, podrán, a título personal y en los términos de la ley estatutaria, participar en política para la promoción de un determinado proyecto político, pero que*

ello no implica que puedan destinar a la causa política el empleo que les ha sido confiado, ni que, como de manera expresa se ha señalado para el Presidente y el Vicepresidente, puedan utilizar para la campaña bienes del Estado o recursos del Tesoro Público distintos de aquellos que se ofrezcan en condiciones de igualdad a todos los candidatos”

“ARTICULO 107. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 01 de 2009. **El nuevo texto es el siguiente:** Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.

En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica.

(...)

*En el caso de las consultas populares se aplicarán las normas sobre financiación y publicidad de campañas y acceso a los medios de comunicación del Estado, que rigen para las elecciones ordinarias. **Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral. El resultado de las consultas será obligatorio.***

(...)

Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

Parágrafo transitorio 1°. *Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 134, dentro de los dos (2) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, autorizase, por una sola vez, a los miembros de los Cuerpos Colegiados de elección popular, o a quienes hubieren renunciado a su curul con anterioridad a la vigencia del presente acto legislativo, para inscribirse en un partido distinto al que los avaló, sin renunciar a la curul o incurrir en doble militancia.*

Parágrafo transitorio 2°. *El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1° de agosto de 2009, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle este artículo.*

El Proyecto tendrá mensaje de urgencia y sesiones conjuntas y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del Proyecto de Ley Estatutaria, por parte de la Corte Constitucional.

“ARTICULO 122. *No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente*

(...)

Modificado por el art. 4, Acto Legislativo 01 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”

INHABILIDADES PARA SER CONGRESISTA

FUNDAMENTO LEGAL.

- **Constitución Política.**

De conformidad con el artículo 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 fuere parcialmente.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Lo dispuesto en el numeral 8 del presente artículo no se aplicará a quienes hubiesen renunciado con anterioridad a la vigencia del presente Acto Legislativo.

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. “

- **Ley 5 de 1992, por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes.**

“Artículo 279. CONCEPTO DE INHABILIDAD. Por inhabilidad se entiende todo acto o situación que invalida la elección de Congresista o impide serlo.

Artículo 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.”

JURISPRUDENCIA

- ✓ La Corte Constitucional, en sentencia C-093 de 1994, declaró EXEQUIBLE el numeral 8 del artículo 280 de la Ley 5a. de 1992, para el cual señaló que:

“La prohibición constitucional admite dos hipótesis:

a) La de una persona que es elegida en forma simultánea, para ser miembro de dos corporaciones, desempeñar dos cargos, o ser miembro de una corporación y a la vez desempeñar un cargo público;

En este caso, es claro que, si se da la condición prevista por la Carta, es decir, que los períodos coincidan en el tiempo, así sea parcialmente, habrá nulidad de la elección para el cargo y pérdida de la investidura del Congresista elegido (artículo 183, numeral 1° C.P.).

b) La de una persona que es elegida para desempeñar un cargo o para ser miembro de una corporación pública y, estando en ejercicio del mismo, aspira a ser elegida para otra corporación o cargo cuyo período coincide, siquiera parcialmente, con el que venía ejerciendo.

En este segundo supuesto, del cual parte el numeral acusado, cabe distinguir, para los fines de la inhabilidad, entre quien ha sido elegido y desempeña el cargo o destino público correspondiente y quien, pese haber sido elegido, no ha ejercido el empleo o interrumpió el respectivo período. Si lo primero, se configura la inhabilidad, lo cual no ocurre en el segundo evento, por las razones que más adelante se precisarán.

En efecto, la coincidencia de períodos, señalada en el canon constitucional como factor decisivo en la configuración de la inhabilidad, no puede entenderse sino con referencia a una persona en concreto que actúe simultáneamente en dos corporaciones, en dos cargos o en una corporación y un cargo.

Un período puede concebirse, en términos abstractos, como el lapso que la Constitución o 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 un 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 entra en ejercicio de funciones. Se convierten entonces en límites temporales de éstas.

En estos eventos, mal puede pensarse que exista inhabilidad, por cuanto no se configura el ejercicio concreto y real del cargo o destino público correspondiente, bien por no haberse posesionado del mismo o en virtud de la separación definitiva ocasionada por la mencionada dimisión.”

✓ **El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil.** Concepto Radicación 413 de Noviembre de 5 de 1991, expresó:

“La nueva Constitución, que no menciona específicamente, como lo hacía la anterior, determinados cargos genéricamente dispone que no podrán ser elegidos congresistas “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 (Artículo179); tampoco gobernadores quienes ejerzan esos mismos cargos en los seis meses que precedan a las votaciones (Artículo18 Transitorio)

En realidad, como se afirma en el contexto de la consulta, la nueva constitución agregó a los cargos con autoridad civil, política o militarlos que implican el ejercicio de la autoridad administrativa.

5. Los cargos con autoridad, a que se refiere la constitución tienen las siguientes características:

a) Los cargos con autoridad política son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidente de la Republica, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno.

b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que correspondan a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la Nación defensor del pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil.

c) Los cargos con autoridad militar son todos los que, pertenecen a la Fuerza Pública, según el artículo216 de la Constitución, tienen jerarquía y mando militar.

d) La autoridad civil corresponde, en principio, a todos los cargos cuyas funciones no implican ejercicio de autoridad militar.

Pero algunos cargos implican el ejercicio exclusivo de autoridad civil. Tal es el caso de los jueces y magistrados, de los miembros del Consejo Superior de la Judicatura que, con

fundamento en la Constitución, organice la ley, del Fiscal General y de los demás empleos con autoridad, de la Fiscalía General.

e) Los miembros del Congreso están excluidos de esta clasificación porque, aunque sus cargos implican ejercicio de autoridad política, según la Constitución, pueden ser elegidos gobernadores y reelegidos como senadores y representantes.

5º) Sin embargo, la Sala considera que, aunque la Constitución se refiere a los empleos con autoridad en la forma disyuntiva, antes indicada, ello no obsta para que algunos de ellos impliquen, según el mismo Estatuto, el ejercicio concurrente de todas o alguna de las modalidades específicas que asume la autoridad. Así, por ejemplo, el Presidente de la Republica, que es jefe del Estado y del gobierno y “suprema autoridad administrativa”, ejerce autoridad política y administrativa; además, cuando dirige la fuerza pública y dispone “de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la Republica” (artículo 189, número 3, de la Constitución), ejerce autoridad política y militar si ejerce funciones como “suprema autoridad administrativa” también lo hace como autoridad civil y si actúa en relación con el congreso o con la Rama Jurisdiccional (artículos 200 y 201 de la Constitución), ejerce autoridad política y civil.

(...) para que exista causal de inhabilidad, según la citada disposición, el empleado con autoridad civil o política debe ejercerla en la misma circunscripción en que el pariente el pariente es candidato al Congreso.

2) Por consiguiente, las causas de inhabilidad prescritas por el artículo 179, número 5, de la Constitución no son operantes si la autoridad civil o política se ejerce en una circunscripción electoral diferente de aquella en que está inscrito al candidato al Congreso.

*3) El artículo 179, inciso final, para los efectos de lo prescrito por la misma disposición, hace coincidir “la **circunscripción nacional**” “con cada una de las territoriales”, salvo para la inhabilidad contemplada por el número 5 de la misma disposición.*

*Este precepto significa que, por presunción constitucional la “circunscripción nacional” a que se refiere el artículo 171 de la Constitución para elegir senadores, se asimila o identifica “con cada una de las territoriales” para que las causales de inhabilidad que se presentaren en éstas, pueden ser aplicadas a los candidatos del Senado: se trata, por consiguiente, respecto de las elecciones para ser senadores, de una excepción, prescrita por la Constitución, al principio del artículo 179, número 8, inciso 2º, según el cual “las inhabilidades previstas en los numerales 2º, 3º, 5º y 6º se refieren a situaciones que **tengan lugar en la circunscripción en la cual debe efectuarse la respectiva elección.***

Pero como excepción a la excepción, el artículo 179, número 8, inciso final, no es aplicable a las causales de inhabilidad para ser miembro del Congreso contempladas por el número 5º de la misma disposición. En consecuencia, el nexo de parentesco que esta disposición contempla solo puede ser causal de inhabilidad, en relación con las elecciones de senadores, si el empleado con autoridad política o civil la ejerce en todo el territorio de la “circunscripción nacional” (Se resalta)

- ✓ **El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en Sentencia del 18 de septiembre de 2003, proferida dentro del proceso radicado con el No. 11001-03-28-000-2002-0007-01(2889-2907) en relación con la inhabilidad por parentesco con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política, expresó:**

*“ Dentro de este orden de ideas, se concluye que los senadores no están inhabilitados para ejercer tal cargo cuando su cónyuge o su compañero permanente, o uno de sus familiares en los grados señalados ejerza autoridad civil o política en una circunscripción departamental o municipal; con mayor razón, **un representante a la cámara menos aún va a estar inhabilitado cuando su cónyuge o compañero permanente o uno de sus familiares en los grados de parentesco señalados ejerza autoridad política o civil en un municipio,** así el municipio geográficamente esté ubicado en el mismo departamento por cuya circunscripción electoral fue elegido como representante.*

*Ciertamente, la circunscripciones electorales departamental y municipal son diferentes según la regla general, y además, como lo precisó el mandato constitucional, dicha inhabilidad debe tener "lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección", **y la elección del representante se produce en toda la circunscripción departamental** y no en la circunscripción municipal, como es bien sabido.” (Resaltado es nuestro)*

Concepto DAFP

¿La hermana de un Congresista puede ser nombrada como Ministra? RAD. 13386/2006 Radicación. EE10320 de 27-Dic-06)

*“...para el caso objeto de consulta, se deduce que la inhabilidad por parentesco establecida en el numeral 5º, del artículo 179 de la Constitución se configura **antes de la elección del aspirante al Senado y no después de haber sido elegido;** por consiguiente (...) de acuerdo con lo preceptuado por el Consejo de Estado, se considera que no se genera inhabilidad para ser designada la hermana del Senador como Ministra con posterioridad a la elección, en un cargo con autoridad civil o administrativa y no se le podrá atribuir una inhabilidad sobreviviente al Senador ya que el artículo 6º de la ley 190 de 1995, no resulta aplicable a los congresistas ni puede operar como causal de pérdida de investidura.”*

Concepto DAFP

¿Con qué tiempo de antelación el Secretario General de la Comisión Segunda Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes debe renunciar a su cargo para poder ser elegido Congresista? RAD. 8000/2006 (Radicación. EE6002 de 12-Jul-06)

“Respecto a la participación en política de los empleados públicos, la Directiva Unificada No. 003 de Enero 27 de 2006 de la Procuraduría General de la Nación, señaló que ningún servidor público podrá tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. En consecuencia, ningún servidor público podrá intervenir en política, hasta tanto el legislador no expida la ley estatutaria que establezca las condiciones en que se permitirá su participación.

En este orden de ideas, ... teniendo en cuenta lo preceptuado por el Consejo de Estado y la Procuraduría General de la Nación, se considera que el Secretario de la Comisión Segunda Permanente de la Cámara de Representantes no ejerce autoridad civil o administrativa y no se encuentra inhabilitado, por la causal contenida en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución para aspirar a ser congresista, siempre y cuando, en el momento de la inscripción, no esté ocupando el cargo público, esto significa que tendrá que renunciar al empleo antes del día de la inscripción.”

INHABILIDADES EN EPOCA DE ELECCIONES DE CONGRESISTAS, PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE.

Sobre el particular la Directiva Unificada No. 005 de agosto 27 de 2009 expedida por la Procuraduría General de la Nación imparte instrucciones a los servidores públicos relacionadas con las jornadas electorales del 2010, elecciones de Congreso de la República, Presidente y Vicepresidente. En la mencionada disposición se recogen normas ya mencionadas en el presente documento para cada uno de los cargos señalados así como las normas de inhabilidades generales aplicables a todos ellos.

INHABILIDADES SEGÚN EL CARGO A EJERCER EN EL NIVEL TERRITORIAL

INHABILIDADES DEL ALCALDE DEL DISTRITO CAPITAL

FUNDAMENTO LEGAL.

- **Decreto 1421 de 1993**, por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá (Artículo 37)
- **Ley 617 de 2000**, por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.

“Artículo 39. “(...)”

El mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades regirá para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, D.C.”

“Artículo 60. INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, EL CONTRALOR Y EL PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTA DISTRITO CAPITAL. Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe Bogotá Distrito Capital.” (Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001)

Al alcalde mayor se le aplicará el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido por la Constitución y las leyes para el Presidente de la República.

JURISPRUDENCIA

- ✓ **La Corte Constitucional mediante sentencia C-952 de 2001** respecto a las inhabilidades intemporales, y específicamente la prohibición de inscripción como candidato, elección o designación en el Cargo de alcalde municipal o distrital de quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, haya perdido la investidura de congresista, o la de diputado, o concejal; haya sido excluido del ejercicio de una profesión o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas, contemplada en el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, señaló lo siguiente:

“(...) la violación constitucional por la falta de restricción temporal en la causal de inhabilidad del artículo acusado y el desconocimiento de un presunto derecho de rehabilitación que se deriva de la temporalidad de la causal de inhabilidad, no son ciertos. La disposición acusada establece una regulación que persigue asegurar la transparencia en el ejercicio del cargo de alcalde municipal o distrital, mediante un mecanismo que es razonable y proporcionado con el fin perseguido, como es asegurar la idoneidad, moralidad y probidad de quienes lo desempeñen. Lo anterior, no sólo tiene como norte la generación de un ambiente de confianza y legitimidad con respecto del manejo de los asuntos de interés de la comunidad, sino que también pretende hacer efectivos los resultados propuestos en materia de la moralización del Estado colombiano, en términos que se ajustan a la Constitución y a la jurisprudencia referenciada.

La intemporalidad de la causal de inhabilidad contenida en el artículo 37 de la Ley 617 de 2000 no vulnera el principio de prescriptibilidad de las penas y medidas de seguridad (C.P., art. 28), como tampoco el derecho de rehabilitación, pues se trata de figuras distintas con finalidades diversas...”

INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES DEL DISTRITO CAPITAL

FUNDAMENTO LEGAL

- **Constitución Política**

“Artículo 261. Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993. “(…)”

PARAGRAFO 1o. Las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia.”

- **Decreto 1421 de 1993**

“Artículo 28. INHABILIDADES. No podrán ser elegidos concejales:

1. *Quienes en cualquier época hayan sido condenados por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.*
2. *Quienes hayan sido secretarios, jefes de departamento administrativo o gerentes de entidades descentralizadas distritales, dentro del año anterior a la fecha de la elección; como empleados públicos hayan ejercido autoridad política, civil, militar o judicial en el Distrito dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección o se hubieren desempeñado como empleados o trabajadores oficiales en el Distrito, dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de la elección.*
3. *Quienes hayan intervenido en la gestión de negocios ante entidades distritales o en la celebración de contratos con ellas o hayan sido representantes legales en el Distrito de entidades que administren tributo o contribuciones parafiscales, todo dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección.*
4. *Quienes hayan perdido la investidura de miembros de una Corporación de elección popular.*
5. *Quienes en cualquier época hayan sido excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados por faltas a la ética profesional o a los deberes de un cargo público, y*
6. *Quienes estén vinculados por matrimonio o unión permanente o tengan parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, con funcionarios que ejerzan autoridad en el Distrito.”*

- **Ley 617 de 2000.**

“Artículo 60. INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, EL CONTRALOR Y EL PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL. Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe Bogotá Distrito Capital.” (Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001)

DOCTRINA

¿Existe inhabilidad para un servidor público de un Instituto Distrital que aspirar al cargo de Concejal Distrital de Bogotá? (Concepto del Consejo Nacional Electoral Radicado. 3108 de 2006)

“Para la solución del problema jurídico, el referente legal es el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que en el numeral segundo dispone:

“Artículo 43. Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital: (...)

*2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como **empleado público**, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien como **empleado público** del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.*

De acuerdo con el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 1421 de 1993, Régimen Especial de Bogotá, los servidores públicos por regla general, son empleados públicos, excepto los trabajadores de la construcción y el sostenimiento de obras públicas que son trabajadores oficiales; por consiguiente, un profesional especializado de un Instituto Distrital, es un empleado público, ingrediente normativo necesario para estructurar la causal de inhabilidad que nos ocupa.

Con base en la información brindada por la consultante, el empleado público al que alude no ejerce jurisdicción, ni autoridad en ninguna de las modalidades previstas en los artículos 188 a 191 de la Ley 136 de 1994, ni interviene como ordenadora del gasto en la inversión de recursos de inversión o en la celebración de contratos que deban ejecutarse o desarrollarse en el mismo distrito capital; por consiguiente, se concluye que no se encuentra incurso en la causal de inhabilidad trascrita.

Pero atendiendo que tiene la calidad de servidor público, en la especie de empleado público, para ser inscrito como candidato al Concejo Distrital deberá presentar renuncia, la misma haber sido aceptada y entregar el cargo definitivamente.

De acuerdo con el calendario electoral fijado por la Resolución No. 5140 de 2006, proferida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, el 8 de agosto de 2007, vence el término para las inscripciones de candidatos o listas de candidatos para las elecciones que tendrán lugar el 28 de octubre de 2007.”

INHABILIDADES DE LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES DEL DISTRITO CAPITAL

FUNDAMENTO LEGAL

- **Constitución Política**

“Artículo 261. Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993. “(...)”

PARAGRAFO 1o. Las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia.”

- **Decreto 1421 de 1993**

“Artículo 66. INHABILIDADES. No podrán ser elegidos ediles quienes:

- 1. Hayan sido condenados a pena privativa de libertad, excepto en los casos de delitos culposos o políticos.*
- 2. Hayan sido sancionados con la pena de destitución de un cargo público, o se encuentren, temporal o definitivamente, excluidos del ejercicio de una profesión en el momento de la inscripción de su candidatura.*
- 3. Hayan perdido la investidura de miembros de una corporación de elección popular.*
- 4. Dentro de los tres (3) meses anteriores a la inscripción de la candidatura se hayan desempeñado como empleados públicos en el Distrito; hayan sido miembros de una junta directiva distrital; hayan intervenido en la gestión de negocios o en la celebración de contratos con el Distrito o hayan ejecutado en la localidad contrato celebrado con organismo públicos de cualquier nivel, y*
- 5. Sean cónyuges, compañeros o Compañeras permanentes o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, o primero de afinidad o civil, de los concejales o de los funcionarios distritales que ejerzan autoridad política o civil.”*

- **Ley 617 de 2000.**

“Artículo 60. INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, EL CONTRALOR Y EL PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTA DISTRITO CAPITAL. Las disposiciones en materia de

inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe Bogotá Distrito Capital.” (Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001)

JURISPRUDENCIA

- ✓ **El Consejo de Estado mediante sentencia de Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta del 24 de agosto de 2001, radicación número: 2451-2448, Consejero Ponente: Roberto Medina López. Respecto a los Ediles, señaló.**

“Se demanda la elección del señor José Antonio Castro Pacheco por hallarse incurso en la inhabilidad consagrada en el artículo 66-4 del Decreto 1421 de 1993. La inhabilidad allí consagrada comprende a quienes “se hayan desempeñado como empleados públicos en el Distrito” y no exclusivamente a los vinculados directamente a esa Administración, como lo ha interpretado el demandado. Quiere decir lo anterior que la inhabilidad no comprende únicamente a los empleados públicos del orden distrital sino también a quienes, como empleados públicos, del orden nacional o distrital, o de otro orden, tengan su sede laboral en el Distrito Capital”

- ✓ **El Consejo de Estado en sentencia, radicación número: 25000-23-15-000-2002-0988-01(8516) de fecha veinte (20) de febrero de dos mil tres (2003), de la Sección Primera Sala de lo Contencioso Administrativo Consejero ponente: Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, referente a las inhabilidades de los Ediles, señaló:**

- ✓ **“EDIL DEL DISTRITO CAPITAL - Régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el Decreto 1421 de 1993 / PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE EDIL DE BOGOTA - Remisión a las normas legales referidas a los municipios: Ley 136 de 1994, artículo 126**

En lo concerniente a la pérdida de la investidura de los Ediles del Distrito Capital de la República, entidad territorial que goza de autonomía para la gestión de sus intereses, atendiendo el régimen especial al que se halla sometido, en los términos del artículo 322 constitucional, debe decirse que el Decreto 1421 de 1993 que, precisamente desarrolla este último precepto, aun cuando prevé en su artículo 66 las causales de inhabilidad de los miembros de las Juntas Administradoras Locales y, en el artículo 68, las incompatibilidades a que se sujetan estos servidores públicos, en realidad, no incorpora ninguna referencia específica con respecto a si se pierde o no la investidura por incurrir en alguno de los supuestos que dichas normas establecen o por cualquiera otra conducta que allí se defina. De manera que, al no existir una regulación especial relacionada con la pérdida de la investidura de los Ediles del Distrito Capital, subsidiariamente, por expreso mandato de la misma norma constitucional que contempla su régimen especial, aspecto que también recoge el artículo 2° del Decreto 1421 de 1993, deben aplicarse las normas constitucionales y legales referidas a los municipios, particularmente, para el asunto que nos interesa, la Ley 136 de 1994. Esta Ley desarrolló en su artículo 119 las Juntas Administradoras Locales, de que trata el artículo 318 de la Constitución Política y en su artículo 126 consagró las incompatibilidades de los ediles.”

DOCTRINA

¿Existe Inhabilidad para aspirar a ser elegido Edil de una localidad por ser Fiscal de una Junta de Acción Comunal de otra localidad? ¿Por desempeñar empleo público? ¿Por contratar con el Estado? Caso positivo, ¿cuándo se debe renunciar? (Concepto del Consejo Nacional Electoral Radicado. 3404 de 2006)

“en el evento que el interesado en participar como candidato a ser edil de una localidad, desempeñe empleo público en el Distrito Capital, deberá presentar renuncia, la misma ser aceptada y entregar el cargo definitivamente antes de los tres meses anteriores a la inscripción de la candidatura.

El H. Consejo de Estado, señaló que por intervención en la celebración de contratos se entienden todas las gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan demostrar un claro interés sobre el particular; igualmente, que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos, no su ejecución.

En consecuencia, si el ciudadano interesado interviene en la celebración de contratos con el Distrito o con entidades de cualquier nivel, último caso, que deban ejecutarse en la localidad, dentro de los tres meses anteriores a la inscripción de la candidatura, se configura la causal de inhabilidad.

En cuanto al desempeño como Fiscal de una Junta de Acción Comunal que aspira ser elegido edil, tenemos, que en primer lugar tal condición no le da el carácter de empleado público, por lo que no se cumpliría el primer requisito; de otra parte, hay lugar a inhabilidad, en el evento que haya intervenido en la celebración de contratos con el Distrito o con entidades de cualquier nivel y que deban ejecutarse en la localidad.

De acuerdo con lo definido en el artículo 6º de la Ley 743 de 2002, la Acción Comunal es una expresión social organizada, autónoma y solidaria de la sociedad civil, cuyo propósito es promover un desarrollo integral, sostenible y sustentable construido a partir del ejercicio de la democracia participativa en la gestión del desarrollo de la comunidad.

Dentro de los objetivos propuestos por las Juntas de Acción Comunal, establecidos en el artículo 19 de la Ley 743 de 2002, se encuentra en el literal f) “Celebrar contratos con empresas públicas y privadas del orden internacional, nacional, departamental, municipal y local, con el fin de impulsar planes, programas y proyectos acordes con los planes comunitarios y territoriales de desarrollo”.

Con base en esta norma, es clara la facultad que tienen la JAC para celebrar contratos con entidades públicas; luego, para establecer la existencia de la causal de inhabilidad se requerirá, de una parte que de acuerdo con los estatutos el Fiscal o facultades especiales, tenga capacidad jurídica para intervenir en la celebración de los contratos con el Distrito o con entidad pública de cualquier nivel que se ejecuten en la localidad, dentro de los tres meses anteriores a la fecha de inscripción de la candidatura.

En síntesis, el actual Fiscal de una Junta de Acción Comunal estará incurso en la causal de inhabilidad para aspirar a ser edil de otra localidad del Distrito Capital, si dentro de los tres meses anteriores a la inscripción de la candidatura, interviene en la celebración de contratos con el Distrito o dentro del mismo término, interviene en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, que deban ejecutarse en la localidad en la que aspira a ser inscrita candidata y elegida edil.”

INHABILIDADES DE LOS ALCALDES LOCALES DEL DISTRITO CAPITAL

FUNDAMENTO LEGAL

- **Decreto 1421 de 1993** (Artículo 84)

“No podrán ser designados alcaldes locales quienes estén comprendidos en cualquiera de las inhabilidades señaladas para los ediles. Los alcaldes locales tienen el carácter de funcionarios de la administración distrital y estarán sometidos al régimen dispuesto para ellos”.

- ✓ **El Consejo de Estado en sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta, del 6 de octubre de 2005, radicación número 25000-23-24-000-2004-00421-01(3744), Consejero Ponente: Reinaldo Chavarro Burítica. En cuanto a la regulación de las inhabilidades de los alcaldes Locales, indicó:**

“Las inhabilidades para ser designado Alcalde Local tienen como referente la fecha de nombramiento por parte del Alcalde Mayor, no la fecha de conformación de las ternas por parte de las Juntas Administradoras Locales”

“El Capítulo V de la Ley 617 de 2000 no regula las inhabilidades de los miembros de las Juntas Administradoras Locales, pues se limita a señalar algunas reglas en relación con las incompatibilidades de esos servidores públicos. Eso significa, entonces, que las causales de inhabilidad de los miembros de las Juntas Administradoras Locales del Distrito Capital señaladas en el artículo 66 del Decreto 1421 de 1993 no fueron derogadas ni expresa ni tácitamente por la Ley 617 de 2000. En efecto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 72 del Código Civil, la derogatoria tácita sólo se produce cuando la ley posterior regula un tema de manera diferente al de la ley anterior, de tal manera que pugnen las dos disposiciones”

- ✓ **El Consejo de Estado en sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta, del 11 de mayo de 2006, radicación número 2004-00525 (3923), Consejero Ponente: Filemón Jiménez Ochoa. Con respecto al alcance del numeral 8 del artículo 179 de la constitución Política en la designación de Alcalde Local, señalo:**

“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 fuere parcialmente.”

“Pese a que la prohibición establecida en la norma antes citada se encuentra en el Capítulo 6º del Título VII de la Constitución, relativo a “los Congresistas”, una interpretación literal y teleológica de esa norma superior permite concluir que esa prohibición no solamente se aplica a los congresistas sino a todos los cargos que deben proveerse por elección popular, porque de un lado, la expresión “nadie podrá” supone una regla general de aplicación imperativa y, de otro, es lógico deducir que no existe razón suficiente para aplicar esa norma solamente a los congresistas y excluir de aquella prohibición a otros cargos de elección popular”.

INHABILIDADES DEL PERSONERO DEL DISTRITO CAPITAL

FUNDAMENTO LEGAL

- **Decreto 1421 de 1993**

“Artículo 97. INHABILIDADES. No podrá ser elegido personero quien sea o haya sido en el último año miembro del Concejo, ni quien haya ocupado durante el mismo lapso cargo público en la administración central o descentralizada del Distrito. Estará igualmente inhabilitado quien en cualquier época hubiere sido condenado a pena de prisión por delitos comunes, salvo los culposos o políticos, excluido del ejercicio de su profesión o sancionado por faltas a la ética profesional.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de personero no podrá desempeñar empleo alguno en el Distrito Capital, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio en sus funciones.”

- **Ley 1031 de 2006.**

“Artículo 2. “(...)”

No podrá ser elegido personero quien sea o haya sido en el último año miembro del Concejo, ni quien haya ocupado durante el mismo lapso cargo público en la administración central o descentralizada del Distrito. Estarán igualmente inhabilitados quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados por faltas a la ética profesional.”

- **Ley 617 de 2000.**

“Artículo 60. INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, EL CONTRALOR Y EL PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTA DISTRITO CAPITAL. Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe Bogotá Distrito Capital. “(Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001)

JURISPRUDENCIA

- ✓ La Corte Constitucional en sentencia C- 617 de 1997, **respecto a las inhabilidades para ser elegido Personero, señaló:**

“El literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 prohíbe que sea elegido Personero Municipal o Distrital quien haya ocupado durante el año anterior cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio.

Al decir de los actores, este precepto es inconstitucional por establecer barreras para el ejercicio de un cargo público sin que la Constitución las haya previsto; por extender el término de duración de las incompatibilidades de los concejales de manera desventajosa respecto de los congresistas y diputados; y por no haber sido contemplada la misma inhabilidad para el caso del Procurador General de la Nación, quien es cabeza del Ministerio Público.

La Corte Constitucional, frente a esos cargos, debe manifestar:

El legislador, como ya se expresó, goza de autorización constitucional para establecer causales de inhabilidad e incompatibilidad en cuanto al ejercicio de cargos públicos, y al hacerlo, en tanto no contradiga lo dispuesto por la Carta Política y plasme reglas razonables y proporcionales, le es posible introducir o crear los motivos que las configuren, según su propia verificación acerca de experiencias anteriores y su evaluación sobre lo que más convenga con el objeto de garantizar la transparencia del acceso a la función pública, de las sanas costumbres en el seno de la sociedad y de la separación entre el interés público y el privado de los servidores estatales, sin que necesariamente los fenómenos que decida consagrar en la calidad dicha tengan que estar explícitamente contemplados en el texto de la Constitución. Exigirlo así significaría quitar a la ley toda iniciativa en materias que son propias de su papel en el plano de la conformación del orden jurídico, despojando de contenido la función legislativa misma.”

“Busca la norma impedir que se utilice el poder para favorecer o auspiciar la campaña en búsqueda de la elección, lo cual se aviene sin esfuerzo al sentido y a los objetivos de las inhabilidades, resguarda la confianza pública en la autonomía de los concejales al elegir y protege la igualdad de condiciones entre los distintos candidatos al cargo de Personero.”

- ✓ **La Sala Plena del Consejo de Estado**, al resolver varios recursos de súplica contra fallos de la Sección Quinta que consideraban improcedente la reelección del Personero, mediante sentencia del 8 de abril de 2003, expediente 0324-01, Consejero Ponente Dr. German Rodríguez Villamizar, señaló que era viable la reelección del Personero, criterio que fue reiterado por la misma Sala en fallo del 7 de octubre del 2004, radicado bajo el No S-418 siendo Consejero Ponente el Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, en el cual señaló:

“El personero ejerce en el municipio, bajo la dirección suprema del Procurador General de la Nación las funciones del Ministerio Público (Ley 136/94, art. 178), por ende no puede catalogarse como empleado público de la administración central o descentralizada, y no le es aplicable la inhabilidad para alcaldes consagrada en el numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136/94, modificado por el artículo 37 de la ley 617 de

2000. La inhabilidad prevista en el numeral 5 de la misma disposición tampoco lo afecta por las razones expuestas en la sentencia antes transcrita.” (Resaltado nuestro)

- ✓ **El Consejo de Estado mediante concepto Radicación No. 1.788 de noviembre 30 de 2006, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, reelección, inhabilidades. Aplicación ley 1031 del 2006, señaló:**

“Las causales de inhabilidad para ser elegido personero distrital:

La clara diferenciación entre los organismos y entidades administrativas que conforman los sectores central y descentralizado por servicios, y sus órganos de control, introducida por la Constitución de 1991, sustenta la disposición del legislador en el sentido de estructurar como causal de inhabilidad la vinculación laboral que el aspirante a personero tenga con la administración a la que tendría que controlar, y a la vez haría irrazonable la misma exigencia tratándose de servidores vinculados con el mismo organismo de control.

Aplicando lo expuesto a la pregunta formulada a la Sala en la que se averigua si, conforme a la norma transcrita, un funcionario de la Personería mientras esté en su cargo está inhabilitado para ser elegido personero, se encuentra que al no ejercer cargo público en la administración central o descentralizada del Distrito, no le es aplicable la prohibición del artículo 2° de la ley 1031 de 2006.

4. La reelección del personero distrital:

La ley 1031 del 2006 ¹¹, estableció que el período de los personeros municipales y distritales sería de cuatro años, unificándolo con el de los alcaldes, concejales y contralores, que a su vez había sido modificado por el acto legislativo 02 del 2002, ¹² y definió además que podrían ser reelegidos por una sola vez para el período siguiente. Tratándose del personero Distrital, determinó la ley citada:

“Artículo 2°. El artículo 97 del Decreto-ley 1421 de 1993, quedará así: “Artículo 97. Elección, inhabilidades. El Personero Distrital será elegido por el Concejo durante el primer mes de sesiones ordinarias, para un período institucional de cuatro (4) años, que se iniciará el primero de marzo y concluirá el último día de febrero. Podrá ser reelegido, por una sola vez, para el período siguiente.

“(...)”

“Parágrafo transitorio. El personero distrital elegido antes de la vigencia de la presente ley concluirá su período el último día del mes de febrero de 2008”

Acota la Sala que al revisar los antecedentes de la ley 1031 del 2006, ¹³ encontró que en julio y agosto del 2005, por iniciativa parlamentaria, se propuso modificar el período de los personeros municipales y distritales en los términos de los actuales artículos 1° y 2° de la ley 1031 del 2006. Además de justificar la unificación del período en cuatro años, como ya se señaló, también se manifestó en la exposición de motivos, que era necesario permitir la reelección, pues no había suficiente claridad sobre el tema, dadas las sentencias de inconstitucionalidad que habían recaído sobre las normas que la prohibían. Aparece igualmente que en los debates parlamentarios se reiteró el interés de “dejar claro que nadie

podría ser Personero Municipal o Distrital, por más de dos (2) períodos consecutivos"¹⁴, y así se consagró la reelección por una sola vez tratándose de períodos continuos.

De igual forma, el legislador decidió que debía referirse en idéntico sentido al personero del Distrito Capital introduciendo en el estatuto especial de Bogotá la modificación adoptada para todos los personeros.

El problema jurídico planteado por la solicitud de consulta, consiste en definir cuándo empieza a regir esta limitación, esto es si se aplica al personero que será elegido después de la vigencia de la ley, o si por el contrario se aplica a quien venía ejerciendo este cargo en el Distrito Capital.

Para efectos de la definición de tema, distingue la Sala entre la elección del personero y el ejercicio del cargo por el período de cuatro años, pues la primera inicia una situación jurídica para un particular que se desarrolla en el curso de cuatro años, situación que puede ser modificada por la ley, pues la elección por sí misma no puede serle desconocida, pero las condiciones del ejercicio como personero efectivamente pueden ser variadas por la ley. Dicho de otra forma, la norma en comento, no modificó la elección del actual Personero pues se efectuó antes de su vigencia y ésta es una situación jurídica consolidada que no fue en sí misma afectada por la ley, puesto que lo que hizo fue modificar hacia el futuro una de las condiciones de ejercicio del cargo, la posibilidad de la reelección por una sola vez. A éste fenómeno por el cual la nueva ley afecta las situaciones, relaciones o estados jurídicos no concluidos se le denomina efecto general inmediato de la ley.

El efecto general inmediato consiste en que la ley nueva puede afectar tanto las situaciones como las relaciones jurídicas en curso o no terminadas, lo que excluye de su regulación las situaciones, relaciones o estados jurídicos consolidados, pues si lo hiciera sería inconstitucional por su retroactividad.

Bajo esta regla de aplicación de la ley en el tiempo, es claro que la limitación consagrada en el artículo 2° de la ley 1031 de 2006, hace referencia al modo de ejercer el derecho a ser nuevamente elegido para quien venía ejerciendo el cargo de personero, y por ende, quien al entrar en vigencia esa disposición estaba ejerciéndolo por razón de una elección, puede ser reelegido por una vez adicional en forma inmediata.

En síntesis, el período que terminó antes de entrar en vigencia la ley que se comenta, no puede tenerse en cuenta para definir si el actual personero puede ser reelegido o no, mientras que aquel período en curso que no había concluido al ser expedida la ley, debe ser tenido en cuenta como el primero para efectos de una posible reelección.”

Concepto DAFP

¿Un Personero Delegado de la Personería del Distrito Capital, puede ser elegido Personero del Distrito Capital?

¿Un Personero que ha sido reelegido en dos periodos consecutivos antes de la publicación de la Ley 1031 de 2006, puede ser reelegido nuevamente bajo el imperio de dicha ley? RAD. 14286/2006. (Radicación.EE 608 de 31-Ene-07)

*“...para que una persona pueda ser elegida por el Concejo municipal o distrital como Personero, no debe haber ocupado durante el año anterior, cargo **o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio en el cual será designado.***

*En este orden de ideas, teniendo en cuenta que la Personería Distrital de Bogotá no forma parte de la Administración **central o descentralizada del Distrito, y que el Personero Delegado es empleado de la Personería del Distrito;**... de acuerdo con lo preceptuado por el Consejo de Estado se considera que puede ser elegido Personero del Distrito Capital.*

Respecto a la segunda, teniendo en cuenta que antes de la publicación de la Ley 1031 de 2006, la reelección del Personero estaba permitida sin establecer el número de veces, y de acuerdo a lo consagrado en la ley en comento, dicho empleado podrá ser reelegido, por una sola vez, para el período siguiente, ... en razón a que la ley rige hacia el futuro, se considera que el Personero que ha sido reelegido con anterioridad a la citada norma, y que se encuentra ejerciendo el cargo podrá ser reelegido por una vez más para el periodo siguiente.

INHABILIDADES DEL CONTRALOR DEL DISTRITO CAPITAL

FUNDAMENTO LEGAL.

- **Decreto 1421 de 1993**

“Artículo 107. CALIDADES E INHABILIDADES. Para ser elegido contralor distrital se requieren las calidades exigidas por el artículo 272 de la Constitución Política.

No podrá ser elegido contralor quien sea o haya sido en el último año miembro del Concejo, ni quien haya ocupado durante el mismo lapso cargo público en el Distrito, salvo la docencia.

Estarán igualmente inhabilitados quienes, en cualquier época, hubieren sido condenados a pena privativa de la libertad por delitos comunes, salvo los políticos y culposos, excluidos del ejercicio de su profesión o sancionados por faltas a la ética profesional.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del contralor quienes se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil respecto de los candidatos.

El contralor sólo asistirá a las juntas directivas de las entidades del Distrito cuando sea expresamente invitado con fines específicos.”

- **Ley 617 de 2000.**

“Artículo 60. INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, EL CONTRALOR Y EL PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTA DISTRITO CAPITAL. *Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe Bogotá Distrito Capital.” (Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001)*

JURISPRUDENCIA

- ✓ El Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Consejero ponente: Dr. Darío Quiñones Pinilla, el veintisiete (27) de junio de dos mil (2000). Radicación número: Al- 057, con relación al régimen de Inhabilidades del Personero y Contralor Distritales concluyó lo siguiente:

“Es cierto que la regulación contenida en el Decreto 1421 de 1993 en materia de inhabilidades del Contralor y Personero Distritales presenta la diferencia de tratamiento señalada por el demandante. En efecto, en punto del desempeño de cargos públicos, el artículo 97, inciso primero, prevé que no podrá ser elegido Personero quien haya ocupado durante el último año "... cargo público en la administración central o descentralizada del Distrito", mientras que la norma acusada establece que no podrá ser elegido Contralor quien "... haya ocupado durante el mismo lapso cargo público en el Distrito, salvo la docencia". Es decir que, en consideración a que, como lo señala el demandante, solo es causal de inhabilidad para ser elegido Personero, el que una persona, durante el último año, haya ocupado cargo público en la administración central o descentralizada, esto descarta la inhabilidad por desempeñar cargos públicos en los órganos de control -Personería y Contraloría-, pues, como se deduce del artículo 113 de la Carta Política, estos, en cuanto autónomos e independientes, no hacen parte de la administración central y, desde luego, de la descentralizada. En cambio, en cuanto se dice que no podrá ser elegido Contralor quien durante el último año haya desempeñado cargo público en el Distrito, salvo la docencia, extiende la inhabilidad al desempeño de cualquier cargo público, incluidos, entonces, los de la administración central y descentralizada y los de los citados órganos de control.

Se controvierte en este proceso la constitucionalidad del artículo 107, inciso segundo, del Decreto 1421 de 1993 "Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá".

De manera que el legislador extraordinario al establecer en el artículo 107 la inhabilidad de que se trata, en realidad, no creó, sino que reprodujo la que consagró el artículo 272 de la Carta Política. Esa reproducción, sin ampliación o restricción algunas, se produjo mediante

la adaptación del texto constitucional al ámbito territorial del Distrito Capital, comoquiera que el precepto superior establece la inhabilidad para el desempeño, en general, de los cargos de Contralor departamental, distrital o municipal, dentro de los cuales se encuentra el de aquel distrito.

De consiguiente, el artículo 107 demandado no pudo infringir ninguna norma constitucional por la circunstancia de que en su texto contemple la inhabilidad para ser elegido contralor por razón del desempeño de cargos públicos. Así, no pudo infringir el artículo 13 sobre el derecho a la igualdad, dado que es la misma Carta la que establece la diferencia de tratamiento a que alude el demandante, comoquiera que ésta extiende la inhabilidad para ser elegido contralor al desempeño de todos los cargos públicos del orden distrital, salvo la docencia, mientras que para el ejercicio de cargo de Personero no contempla ninguna previsión y, en consecuencia, deja su regulación a criterio del legislador, con la posibilidad, entonces, como ocurre en el caso del Contralor del Distrito Capital, de que se establezca un régimen de inhabilidades que presente diferencias entre uno y otro cargo. Además, se debe tener en cuenta que los cargos de Contralor y Personero Distritales, aunque integrantes de órganos de control, tienen distintas funciones y ello explica que existan diferencias en el régimen de inhabilidades establecido para cada uno de ellos. Y no se vulneran las normas constitucionales que establecen los derechos de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, los de carrera y el del trabajo, pues la restricción para que funcionarios de la Contraloría Distrital puedan acceder al cargo de Contralor tiene origen constitucional, en cuanto queda comprendida dentro de la mencionada inhabilidad, que se consagró para garantizar la independencia de dicho servidor público con el ente territorial respecto del cual va a ejercer el control fiscal y evitar que se produzca una interferencia en la gestión derivada de una vinculación laboral con el mismo, en el inmediato pasado.”

Concepto DAFP

¿Un Registrador Municipal puede postularse a ser designado Contralor del mismo municipio? RAD. 15055-2006 (Radicación. EE1900 de 08-Mar-07)

*“Para que una persona pueda ser elegida por el Concejo municipal como Contralor Municipal se requiere no estar inmerso en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y la Ley, entre ellas 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.*

“teniendo en cuenta que el cargo de Registrador Municipal de un municipio no es del orden municipal, pues no pertenece a la Administración central ni Descentralizada del mismo municipio sino a la Registraduría Nacional del Estado, que es una entidad del Orden Nacional, en criterio de esta Dirección se considera que el Registrador municipal no está inmerso en inhabilidad para ser Contralor del mismo municipio o de otro, siempre y cuando, en el momento de ser elegido, no esté ocupando ningún cargo público (Artículo 128 de la Constitución), esto significa que tendrá que renunciar al empleo antes de la elección.”



INHABILIDADES DEL GOBERNADOR

FUNDAMENTO LEGAL.

- **Constitución Política.**

Art. 303.- Elección de Gobernadores. Modificado. Acto Legislativo 02 de 2002. Art. 1º. En cada uno de los departamentos habrá un Gobernador que será jefe de la administración seccional y representante legal del departamento; el gobernador será agente del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público y para la ejecución de la política económica general, así como para aquellos asuntos que mediante convenios la Nación acuerde con el departamento. Los gobernadores serán elegidos popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años y no podrán ser reelegidos para el período siguiente.

La ley fijará las calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores; reglamentará su elección; determinará sus faltas absolutas y temporales; y la forma de llenar estas últimas y dictará las demás disposiciones necesarias para el normal desempeño de sus cargos.

Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá gobernador para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el Presidente de la República designará un Gobernador para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido.

- **Ley 617 de 2000**

“Artículo 30. De las inhabilidades de los Gobernadores. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:

1. *Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.*

2. *Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.*

3. *Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.*

4. *Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental 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 departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior 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 departamento.*

5. *Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales 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 departamento.*

6. *Quien haya desempeñado el cargo de contralor departamental o procurador delegado en el respectivo departamento durante un período de doce (12) meses antes de la elección de gobernador.*

7. *Quien haya desempeñado los cargos a que se refiere el artículo 197 de la Constitución Nacional.”*

La emisión de la Ley 1475 de 2011, por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales, tocó tangencialmente el régimen ya establecido en la Ley 136 de 1994 y la Ley 617 de 2000, señalando en el inciso tercero del parágrafo 3º de su artículo 29, que ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política.

La Corte Constitucional dando cumplimiento al numeral 8 del artículo 241 de la Constitución Política, mediante Sentencia C-490 de 2011, condicionó la constitucionalidad del citado parágrafo 3º en los siguientes términos:

“Para la Corte, el término de comparación que prescribe el inciso final del citado parágrafo no puede aplicarse de manera plena, en razón a que no todas las causales de inhabilidad establecidas en la Constitución para los congresistas se pueden predicar en general de todos los servidores públicos de elección popular, pues en su mayoría no aplican en el nivel territorial y el mandato legal no puede desconocer la facultad conferida por el constituyente al legislador para establecer distintos regímenes de inhabilidades en el acceso a cargos de elección popular distintos a los de los senadores y representantes, para quienes el constituyente consagró un estatuto especial y unas prohibiciones específicas.

*Por las consideraciones expuestas la Corte declarará la exequibilidad del artículo 29 del Proyecto de Ley Estatutaria objeto de revisión, **en el entendido que el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso final del parágrafo 3º, no será superior al establecido para los congresistas en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política.**”*

La decisión de la Alta Corporación fue declarar exequible el citado precepto legal, en el sentido de que no podrá ser superior el **régimen de inhabilidades** al establecido para los congresistas, únicamente en lo relacionado con el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política; en conclusión sigue vigente el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en la Ley 136 de 1994, y la Ley 617 de 2000.

- **La Ley 1475 de 2011, que modificó el régimen aplicable a las personas que van a ser designados o encargados, en caso de vacancia absoluta o temporal de gobernadores y alcaldes señalando lo siguiente:**

Artículo 29. “(...)”

Parágrafo 3º. En caso de faltas absolutas de **gobernadores o alcaldes**, el Presidente de la República o el gobernador, según el caso, dentro de los dos (2) días siguientes a la ocurrencia de la causal, solicitará al partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato una terna integrada por ciudadanos pertenecientes al respectivo partido, movimiento o coalición. Si dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al de recibo de la solicitud no presentaren la terna, el nominador designará a un ciudadano respetando el partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato.

No podrán ser encargados o designados como gobernadores o alcaldes para proveer vacantes temporales o absolutas en tales cargos, quienes se encuentren en cualquiera de las inhabilidades a que se refieren **los numerales 1, 2, 5 y 6 del artículo 30** y 1, 4 y 5 del artículo 37 **de la Ley 617 de 2000.**

JURISPRUDENCIA

- ✓ **El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, mediante sentencia con número de radicación:** 11001-03-28-000-2003-0041-01(3171) de fecha dieciocho (18) de diciembre de dos mil tres (2003) Consejero ponente: DARÍO QUIÑONES PINILLA, en cuanto a las inhabilidades del Gobernador expresó:

“La causal de inhabilidad que propone el demandante es la del artículo 30.4 de la Ley 617 de 2000 y la deriva del hecho según el cual el demandante intervino en la celebración de un contrato estatal, en interés propio, el que se ejecutó o cumplió en el Departamento de Nariño. La causal de inhabilidad por la celebración de contratos prevista en esa disposición exige que se reúnan los siguientes presupuestos: a) Que el elegido haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel. b) Que esa intervención se haya efectuado dentro del año anterior a la fecha de la elección. c) Que el contrato o contratos se hayan celebrado en interés propio o en el de terceros, y d) Que el contrato o contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. Mediante documento público acompañado con la demanda se demuestra la celebración del mencionado contrato. De manera que con esa prueba se deduce la manifiesta violación del numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 y, por consiguiente, el elegido como Gobernador del Departamento de Nariño incurrió en la consiguiente causal de inhabilidad consagrada en esa norma, pues se encuentran reunidos los presupuestos, conforme a lo siguiente: a) El Señor Zúñiga Erazo intervino en la celebración de un contrato con una entidad pública del nivel nacional - el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA-. b) La intervención del Señor Zúñiga Erazo en la celebración del contrato se efectuó dentro del año anterior a la elección, pues aquel fue celebrado el 30 de octubre de 2002 y su elección como Gobernador se llevó a cabo el 26 de octubre de 2003. c) El contrato se celebró en interés propio del señor Zúñiga Erazo, dado que intervino directamente aduciendo su condición de propietario del inmueble arrendado y, por consiguiente, resultó beneficiario de las prestaciones económicas pactadas en el mismo, y d) El contrato se ejecutó en el Departamento de Nariño, pues el inmueble arrendado se encuentra ubicado en la ciudad de Pasto, su capital. De manera que demostrada la violación manifiesta del numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 y la correspondiente causal de inhabilidad establecida en esa norma, por razón de la celebración del mencionado contrato de arrendamiento por parte del demandado, procede la suspensión provisión del acto administrativo que declaró la elección demandada.”

- ✓ **El Consejo de Estado a sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta, en sentencia del 29 de mayo de 2003, radicación número 11001-03-28-000-2003-00014-01(3111), Consejera Ponente: María Nohemí Hernández Pinzón. Con respecto a la procedencia de inhabilidad por desempeño como gobernador encargado, señalo:**

“la limitante de no crear un régimen de inhabilidades menos riguroso del previsto para el Presidente de la República, el constituyente facultó al legislador para determinarlo respecto del Gobernador. Es así como, en ejercicio de tal facultad, se expidió la Ley 617 de 2000 que en el numeral 7 de su artículo 30 tipificó, en concordancia con el artículo 197 de la Constitución Política, como una de las causales de inhabilidad para ser designado Gobernador, haber desempeñado dicho cargo sin que tenga incidencia la modalidad bajo la cual se le haya nombrado, esto es, en encargo o en propiedad. Cabe resaltar que en la citada Ley la prohibición se extiende tanto para la inscripción como candidato a Gobernador como para la elección o designación a dicha dignidad”

Concepto DAFP

¿Puede el hermano de un Alcalde de un municipio postularse para ser elegido Gobernador del Departamento al cual pertenece dicho municipio? ¿Igualmente estaría inhabilitado si el hermano del candidato ocupa un cargo Directivo de un organismo de control del departamento para el cual se postuló? RAD.10492/2003 (EE Radicación. 5623 de 24/07/2003)

*“estará inhabilitado para ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, **política, administrativa** o militar en el respectivo departamento*

En este orden de ideas la persona que aspira a ser Gobernador de Departamento, hermano del Alcalde de un municipio perteneciente al mismo departamento, estará inhabilitado para ser elegido Gobernador en las próximas elecciones si dicho Alcalde (hermano) no renunció a su cargo antes de los 12 meses anteriores a la elección.

*Respecto al literal b) de la consulta **si en el cargo directivo administrativo en el Órgano de Control departamental que ostenta el hermano del candidato a la Gobernación las funciones y el diseño jerárquico del empleo le otorgan potestad de mando, de dirección, autonomía decisoria, actividades de Dirección Administrativa, es decir, que está autorizado para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos departamentales; 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; **estará inhabilitado para postularse como candidato para ser elegido Gobernador, si no han transcurrido 12 meses a partir de la renuncia al cargo directivo administrativo, hasta la fecha en que se celebre la elección** (Ley 617 de 2000).***

INHABILIDADES DE LOS DIPUTADOS

FUNDAMENTO LEGAL.

- **Constitución Política**

“Artículo 261. Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993.

PARAGRAFO 1o. Las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia.

“(…)”

“Artículo 299. Organización de las Asambleas Departamentales.

*Inciso 2o. Modificado. Acto Legislativo No. 2 de 2002. Art. 2º. **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 tendrán la calidad de servidores públicos.”*

- **Ley 617 de 2000**

“Artículo 33. De las inhabilidades de los diputados. *No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:*

1. *Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.*

2. *Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.*

3. *Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.*

4. *Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental 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 departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior 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 departamento.*

5. *Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; (Consejo de Estado, Sección Quinta, Magistrado ponente Dr. Filemón Jiménez, expediente 2007-00082) o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales 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 departamento. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco*

dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo departamento en la misma fecha.”

La emisión de la Ley 1475 de 2011, por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales, tocó tangencialmente el régimen ya establecido en la Ley 136 de 1994 y la Ley 617 de 2000, señalando en el inciso tercero del párrafo 3º de su artículo 29, que ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política.

La Corte Constitucional dando cumplimiento al numeral 8 del artículo 241 de la Constitución Política, mediante Sentencia C-490 de 2011, condicionó la constitucionalidad del citado párrafo 3º en los siguientes términos:

“Para la Corte, el término de comparación que prescribe el inciso final del citado párrafo no puede aplicarse de manera plena, en razón a que no todas las causales de inhabilidad establecidas en la Constitución para los congresistas se pueden predicar en general de todos los servidores públicos de elección popular, pues en su mayoría no aplican en el nivel territorial y el mandato legal no puede desconocer la facultad conferida por el constituyente al legislador para establecer distintos regímenes de inhabilidades en el acceso a cargos de elección popular distintos a los de los senadores y representantes, para quienes el constituyente consagró un estatuto especial y unas prohibiciones específicas.

*Por las consideraciones expuestas la Corte declarará la exequibilidad del artículo 29 del Proyecto de Ley Estatuaría objeto de revisión, **en el entendido que el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso final del párrafo 3º**, no será superior al establecido para los congresistas en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política.”*

La decisión de la Alta Corporación fue declarar exequible el citado precepto legal, en el sentido de que no podrá ser superior el **régimen de inhabilidades** al establecido para los congresistas, únicamente en lo relacionado con el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política; en conclusión sigue vigente el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en la Ley 136 de 1994, y la Ley 617 de 2000.

JURISPRUDENCIA

- ✓ **El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta mediante sentencia de fecha 8 de septiembre de 2005, radicación interna 3660, Consejera Ponente Maria Noemí Hernández Pinzón, respecto a las inhabilidades de los diputados, señaló:**

“La causal de inhabilidad respectiva de los Congresistas se regula de la siguiente manera:

"Artículo 1'79.- No podrán ser congresistas:

.....

3.- Quienes hayan intervenida 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.

.....”

Este precepto constituye una norma jurídica al integrarse con los dos párrafos finales de la misma que predicán;

"Las inhabilidades previstas en los numerales 2º, 3º, 5º y 6º 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 5º" (Resalta la Sala)

Pues bien, al establecer el constituyente, con todo sentido, que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, en lo que tiene que ver con la causal de inhabilidad del numeral 3º, que es por decirlo de alguna manera la fuente que inspiró la causal de inhabilidad del numeral 4ª del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, no está diciendo cosa distinta **a que se toman como equivalentes la circunscripción nacional y las circunscripciones territoriales, de suerte que lo que ocurra en una circunscripción municipal o departamental produce el mismo efecto jurídico como si se hubiera presentado en la circunscripción nacional.**

Así las cosas, en cuanto a diputados se refiere, para quienes su régimen de inhabilidades no podía ser menos estricto que el de los Congresistas, es claro que esa equivalencia establecida por el constituyente entre la circunscripción nacional y las circunscripciones territoriales, descarta de plano la posibilidad de éxito de la tesis de la defensa, puesto que **la celebración de un contrato** con una entidad pública para ser ejecutado o cumplido en un municipio tiene la potencialidad de inhabilitar a ese contratista para, aspirar a la Duma Departamental, ya que el sentido que a esa norma se le debe dar no es otro distinto al de que la circunscripción menor se asimila a la circunscripción mayor, sin que interese por lo mismo que el contrato deba ejecutarse o cumplirse solamente en una parte del departamento.”

✓ **El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 23 de junio de 2005, radicación número 11001-03-15-000-2005-00545-00, Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Con respecto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de Congresistas que se tiene como parámetro para los diputados, señalo:**

“En desarrollo de jurisprudencia reiterada de la Corporación, como el artículo 299 de la Constitución dispuso que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será el fijado por la ley, sin que pueda ser menos estricto que el señalado para los congresistas,

es aplicable el artículo 179, numeral 2, de la Carta, según el cual no podrán ser congresistas quienes hubieren ejercido como empleados públicos jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar dentro de los doce meses anteriores a la elección”

Concepto DAFP

¿Un empleado de la Gobernación de Caquetá puede postularse para ser elegido Diputado del mismo departamento? RAD. EE11011/2006 (Radicación. EE7343 de 06-Sep-06)

“...se considera que si el Jefe de Recursos Humanos y el Asesor de la Gobernación de Caquetá **desarrollan actividades de Dirección Administrativa**, es decir, que están autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos departamentales; 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; **estarán inhabilitados para postularse como candidatos para ser Diputados de la Asamblea de Caquetá**, si no renuncian al cargo 12 meses antes de elección.

Si como empleados del departamento no realizan las actividades antes mencionadas se considera que **están habilitados** para aspirar a ocupar cargos de elección popular, siempre y cuando en el momento de la inscripción no estén ocupando el cargo público.”

Concepto DAFP

¿Una persona que tiene contrato con el Instituto de los Seguros Sociales Regional Manizales puede postularse para ser elegido diputado del Departamento de Caldas? RAD. 11886/2006 (Radicación. EE8533 de 25-Oct-06)

“se considera que estará inhabilitado para ser elegido Diputado quien dentro del año anterior a la elección haya celebrado contrato con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento para el caso del Diputado (Departamento de Caldas), entendiéndose por celebración el nacimiento del contrato, sin que interese que tiempo se tarde en su ejecución.”

Concepto DAFP

¿Está inhabilitado para ser elegido Diputado el hermano del Tesorero municipal quien desempeñó el cargo de Secretario de Hacienda mediante la figura del encargo en un municipio del mismo Departamento? RAD 3340/2007. (Radicación. EE3322 de 30-Abr-07)

*“no podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de **parentesco en segundo grado de consanguinidad**, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección **hayan ejercido autoridad política en el respectivo departamento, entendiéndose por éste la entidad territorial correspondiente y los municipios que lo integren.**”*

En este orden de ideas, para el caso objeto de consulta, en razón a que el desempeño del cargo de Secretario de Hacienda de un municipio conlleva el ejercicio de Autoridad Política, el hermano de quien desempeñó este empleo, así sea de manera transitoria dentro de los dos meses anteriores a la elección, está inhabilitado para ser elegido Diputado a la Asamblea del mismo Departamento.”

INHABILIDADES DEL ALCALDE

FUNDAMENTO LEGAL.

- **Ley 617 de 2000**

"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:

1. *Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.*
2. *Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.*
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.

4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales 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.

5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un periodo de doce (12) meses antes de la fecha de la elección."

La emisión de la Ley 1475 de 2011, por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales, tocó tangencialmente el régimen ya establecido en la Ley 136 de 1994 y la Ley 617 de 2000, señalando en el inciso tercero del párrafo 3º de su artículo 29, que ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política.

La Corte Constitucional dando cumplimiento al numeral 8 del artículo 241 de la Constitución Política, mediante Sentencia C-490 de 2011, condicionó la constitucionalidad del citado párrafo 3º en los siguientes términos:

“Para la Corte, el término de comparación que prescribe el inciso final del citado párrafo no puede aplicarse de manera plena, en razón a que no todas las causales de inhabilidad establecidas en la Constitución para los congresistas se pueden predicar en general de todos los servidores públicos de elección popular, pues en su mayoría no aplican en el nivel territorial y el mandato legal no puede desconocer la facultad conferida por el constituyente al legislador para establecer distintos regímenes de inhabilidades en el acceso a cargos de elección popular distintos a los de los senadores y representantes, para quienes el constituyente consagró un estatuto especial y unas prohibiciones específicas.

*Por las consideraciones expuestas la Corte declarará la exequibilidad del artículo 29 del Proyecto de Ley Estatuaría objeto de revisión, **en el entendido que el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso final del párrafo 3º, no será superior al establecido para los congresistas en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política.**”*

La decisión de la Alta Corporación fue declarar exequible el citado precepto legal, en el sentido de que no podrá ser superior el **régimen de inhabilidades** al establecido para los congresistas, únicamente en lo relacionado con el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política; en conclusión sigue vigente el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en la Ley 136 de 1994, y la Ley 617 de 2000.

- La Ley 1475 de 2011

Artículo 29. “(…)”

Parágrafo 3°. En caso de faltas absolutas de **gobernadores o alcaldes**, el Presidente de la República o el gobernador, según el caso, dentro de los dos (2) días siguientes a la ocurrencia de la causal, solicitará al partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato una terna integrada por ciudadanos pertenecientes al respectivo partido, movimiento o coalición. Si dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al de recibo de la solicitud no presentaren la terna, el nominador designará a un ciudadano respetando el partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato.

No podrán ser encargados o designados como gobernadores o alcaldes para proveer vacantes temporales o absolutas en tales cargos, quienes se encuentren en cualquiera de las inhabilidades a que se refieren los numerales 1, 2, 5 y 6 del artículo 30 y **1, 4 y 5 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000.**

JURISPRUDENCIA

- ✓ **El Consejo de Estado en sentencia de Julio 27 de 1995**, expediente 1313. Consejero Ponente Doctor Mario Alario Méndez, preceptuó:

“A decir asunto semejante esta Sala, mediante sentencia del 13 de abril de 1987, entre otras, explicó que era preciso establecer separación y distinción entre dos actividades: la celebración de un contrato, esto en su nacimiento y su ejecución, desarrollo y cumplimiento, y que para los efectos de la inhabilidad había de tenerse en cuenta la actuación que señalaba su nacimiento, sin consideración a los tratos de su desenvolvimiento de donde debía acreditarse no solo la existencia de la relación contractual sino, además la fecha de su origen, en vista de que su elemento temporal o esencial para configurar el impedimento legal. En síntesis, dijo la sala: La inhabilidad para ser elegido nace el día de la celebración del contrato con la administración, pero no puede extenderse más allá, por obra y gracia de su ejecución”

- ✓ **El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, mediante sentencia con número de radicación: 2231 de junio 24 de 1999, Consejero ponente Darío Quiñones Pinilla, respecto a la extensión de las inhabilidades e incompatibilidades del alcalde al Personero municipal, señaló:**

*“El artículo 174, literal a), de la ley 136 de 1994 extiende al personero las causales de inhabilidad establecidas para el Alcalde Municipal. Pero esa extensión no es total, pues del mismo contenido de la norma, en cuanto agrega “en lo que le sea aplicable”, se desprende que algunas de las causales de inhabilidad de los alcaldes no son aplicables a las personeros, Y un criterio para establecer **las causales de inhabilidad de los Alcaldes que se extienden a los personeros es el de señalar que son aquellas que no contengan circunstancias o situaciones reguladas específicamente para los personeros mediante las causales establecidas en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994, lo cual, a***

contrario sensu, permite concluir que si determinada circunstancia o situación constitutiva de inhabilidad se encuentra regulada especialmente en dicha norma, no hay lugar a dicha extensión.”

Concepto DAFP

*¿El Gobernador encargado de un Departamento, estará inhabilitado para aspirar a ser elegido Alcalde en un municipio de otro departamento? **RAD. 2011900005432/2011 (Radicación. No.: No.: 20116000060301 de 03/06/2011)***

*“..., no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio; así mismo, **quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.”***

Quien fuere designado como Gobernador, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión

En este orden de ideas, teniendo en cuenta lo señalado por el Consejo de Estado (Consejo de Estado en Sentencia, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación numero: 41001-23-31-000-2010-00055-01(PI) de 2 de diciembre 2010) en cuanto a que en el ejercicio del cargo, a cualquier título, se configura la inhabilidad, en criterio de esta Dirección se considera que el Gobernador encargado no podrá Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular en la misma circunscripción y; que esa inscripción se efectúe durante el período para el cual fue elegido y hasta 24 meses después de ejercido dicho cargo.

Contrario a lo anteriormente expuesto, si la postulación para ser elegido Alcalde es en un municipio de un Departamento distinto al que fue encargado como Gobernador, se considera que no estaría inmerso en inhabilidad, siempre y cuando cumpla con las calidades exigidas para el cargo...”

Concepto DAFP

*¿ El Gobernador encargado de un Departamento, estará inhabilitado para aspirar a ser elegido Alcalde en un municipio de otro departamento? **RAD. 2011900005432/2011 (Radicación. No.: No.: 20116000060301 de 03/06/2011)***

*“..., no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio; así mismo, **quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.”***

Quien fuere designado como Gobernador, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión

En este orden de ideas, teniendo en cuenta lo señalado por el Consejo de Estado (Consejo de Estado en Sentencia, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación numero: 41001-23-31-000-2010-00055-01(PI) de 2 de diciembre 2010) en cuanto a que en el ejercicio del cargo, a cualquier título, se configura la inhabilidad, en criterio de esta Dirección se considera que el Gobernador encargado no podrá Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular en la misma circunscripción y; que esa inscripción se efectúe durante el período para el cual fue elegido y hasta 24 meses después de ejercido dicho cargo.

Contrario a lo anteriormente expuesto, si la postulación para ser elegido Alcalde es en un municipio de un Departamento distinto al que fue encargado como Gobernador, se considera que no estaría inmerso en inhabilidad, siempre y cuando cumpla con las calidades exigidas para el cargo..”

Concepto DAFP

*¿ Un empleado encargado como Alcalde de un municipio, estará inhabilitado para aspirar a ser elegido Alcalde del mismo municipio? **RAD. 9024-2011 (Radicación. No.: 20116000085581 de 10/08/2011)***

*“...no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio; así mismo, **quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.***

*En este orden de ideas, y de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado (El Consejo de Estado **en Sentencia, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación numero: 76001-23-31-000-2007-01606-01 de veintinueve (29) de enero de dos mil nueve 2009)** en cuanto a que en el ejercicio del cargo, a cualquier título, como en provisionalidad, en comisión o por encargo, se configura la inhabilidad, en criterio de esta Dirección se considera que el Alcalde encargado no podrá Inscribirse como candidato a ningún cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue designado y hasta 24 meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia.”*

Concepto DAFP

*¿Un empleado encargado como Alcalde de un municipio, estará inhabilitado para aspirar a ser elegido Alcalde del mismo municipio? **RAD. 9024-2011 (Radicación. No.: 20116000085581 de 10/08/2011)***

*“...no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio; así mismo, **quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.***

*En este orden de ideas, y de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado (El Consejo de Estado **en Sentencia, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación numero: 76001-23-31-000-2007-01606-01 de veintinueve (29) de enero de dos mil nueve 2009**) en cuanto a que en el ejercicio del cargo, a cualquier título, como en provisionalidad, en comisión o por encargo, se configura la inhabilidad, en criterio de esta Dirección se considera que el Alcalde encargado no podrá inscribirse como candidato a ningún cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue designado y hasta 24 meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia.”*

Concepto DAFP

*¿El Director Ejecutivo de una Asociación de Municipios, estará inhabilitado para aspirar a ocupar el cargo de Alcalde en uno de los municipios que conforman la asociación? **RAD. 11177/2006 (Radicación. EE8641 de 27-Oct-06)***

“Las asociaciones de municipios son entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman; se rigen por sus propios estatutos y gozarán de los mismos derechos, privilegios, excepciones y prerrogativas otorgadas por la ley a los municipios.

En este orden de ideas, de acuerdo a lo preceptuado por el Consejo de Estado el cargo de Director Ejecutivo de una Asociación de Municipios no tiene el carácter de municipal, además, no significa que deba considerarse que el cargo de Director de dicha Asociación se entiende desempeñado en el mismo Municipio en el cual se ejerció tal cargo, pues dicha entidad administrativa, por mandato legal, cuenta con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman; por consiguiente, ... se considera que el Director Ejecutivo de una Asociación de Municipios, estará habilitado para aspirar a ocupar el cargo de Alcalde, de los municipios que conforman la entidad, siempre y cuando cumpla con las calidades y requisitos exigidos por la ley.”

Concepto DAFP

¿Un Concejal como Presidente del Concejo, está inhabilitado para ser elegido Alcalde del mismo municipio? RAD. 6951- 2011 (Radicación. No.: 20116000070081 de 30/06/2011)

*“...no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como **empleado público**, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como **empleado público** del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.*

En este orden de ideas, teniendo en cuenta lo establecido en la ley en cuanto a que las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo, y lo expuesto por el Consejo de Estado (Consejo de Estado en Sentencia, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación número: 68001231500020040043901, Radicación interna No. 3765 de abril 6 de 2006), donde señala que el concejal no es titular de autoridad civil, política y dirección administrativa y que 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, por tal razón en criterio de esta Dirección se considera que usted como Concejal de un municipio, no está impedido para postularse a ser elegido Alcalde del mismo municipio.”

Concepto DAFP

¿ Un Concejal como Presidente del Concejo, esta inhabilitado para ser elegido Alcalde del mismo municipio? RAD. 6951- 2011 (Radicación. No.: 20116000070081 de 30/06/2011)

*“...no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como **empleado público**, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como **empleado público** del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.*

En este orden de ideas, teniendo en cuenta lo establecido en la ley en cuanto a que las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo, y lo expuesto por el Consejo de Estado (Consejo de Estado en Sentencia, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación número: 68001231500020040043901, Radicación interna No. 3765 de abril 6 de 2006), donde señala que el concejal no es titular de autoridad civil, política y dirección administrativa y que 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, por tal razón en criterio de esta Dirección se considera que usted como Concejal de un municipio, no esta impedido para postularse a ser elegido Alcalde del mismo municipio.”

INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES

FUNDAMENTO LEGAL.

- **Constitución Política**

“Artículo 261. *Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993. “(…)”*

PARAGRAFO 1o. Las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia.

“(…)”

- **La Ley 136 de 1994,** *Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. (Artículo 43)*
- **Ley 617 de 2000**

“Artículo 40. De las inhabilidades de los Concejales. *El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:*

Artículo 43. Inhabilidades: *No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:*

1. Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital 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 o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior 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 en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.

4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o

militar en el respectivo municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha."

La emisión de la Ley 1475 de 2011, por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales, tocó tangencialmente el régimen ya establecido en la Ley 136 de 1994 y la Ley 617 de 2000, señalando en el inciso tercero del párrafo 3º de su artículo 29, que ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política.

La Corte Constitucional dando cumplimiento al numeral 8 del artículo 241 de la Constitución Política, mediante Sentencia C-490 de 2011, condicionó la constitucionalidad del citado párrafo 3º en los siguientes términos:

"Para la Corte, el término de comparación que prescribe el inciso final del citado párrafo no puede aplicarse de manera plena, en razón a que no todas las causales de inhabilidad establecidas en la Constitución para los congresistas se pueden predicar en general de todos los servidores públicos de elección popular, pues en su mayoría no aplican en el nivel territorial y el mandato legal no puede desconocer la facultad conferida por el constituyente al legislador para establecer distintos regímenes de inhabilidades en el acceso a cargos de elección popular distintos a los de los senadores y representantes, para quienes el constituyente consagró un estatuto especial y unas prohibiciones específicas.

*Por las consideraciones expuestas la Corte declarará la exequibilidad del artículo 29 del Proyecto de Ley Estatuaria objeto de revisión, **en el entendido que el régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular referido en el inciso final del párrafo 3º, no será superior al establecido para los congresistas en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política.**"*

La decisión de la Alta Corporación fue declarar exequible el citado precepto legal, en el sentido de que no podrá ser superior el **régimen de inhabilidades** al establecido para los congresistas, únicamente en lo relacionado con el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política; en conclusión sigue vigente el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en la Ley 136 de 1994, y la Ley 617 de 2000.

JURISPRUDENCIA

- ✓ **El Consejo Nacional Electoral** en concepto emitido el 26 de mayo de 1999, Consejero Ponente Jaime Araujo Rentería, expresó:

“El régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los concejales Municipales, empiezan a regir a partir de la fecha de la elección o de la inscripción de la candidatura, según lo indique la norma. En el caso del llamamiento para proveer la curul por falta absoluta o temporal del titular, dicho régimen se tendrá en cuenta a partir de la posesión del llamado”

Concepto DAFP

¿Una persona que ha sido contratista del municipio puede postularse para ser elegido Concejal del mismo municipio? RAD. 10136-10362-2006 (Radicación. EE6678 de 08-Ago-06)

*“estará inhabilitado para ser Concejal quien dentro del año anterior a la elección **haya celebrado contrato** con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito, entendiéndose por **celebración** el nacimiento del contrato, sin que interese que tiempo se tarde en su ejecución.*

Para que constituya causa de inhabilidad se requiere que ese contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo Municipio respecto del cual se aspira a ser elegido Concejal”.

Concepto DAFP

¿Puede un Concejal contratar con entidades del Estado? RAD. 4940-2009. (Radicado 5131 del 14/05/09).

“El Concejal de un municipio como servidor público está impedido para celebrar contrato con entidades del Estado ya que infringiría lo establecido en el artículo 127 y en el numeral 1º, literal f) del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, y de percibir otra asignación del Tesoro Público, salvo las excepciones contempladas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

Concepto DAFP

- ✓ **¿Una persona que es contratista de una Cooperativa de Trabajo Asociado que celebró contrato de prestación de servicios con una Empresa Social del Estado de un municipio, puede postularse para ser elegido Concejal del mismo municipio? RAD. 11279/2009**

“Estará inhabilitado para ser Concejal quien dentro del año anterior a la elección haya celebrado contrato con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito, entendiéndose por celebración el nacimiento del contrato, sin que interese que tiempo se tarde en su ejecución.

Para que constituya causa de inhabilitación se requiere que ese contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo Municipio respecto del cual se aspira a ser elegido Concejal.

En este orden de ideas, para el caso objeto de consulta, en criterio de esta Dirección se considera que usted como contratista de una Cooperativa de Trabajo Asociado de naturaleza privada que celebró contrato de prestación de servicios con una Empresa Social del Estado de un municipio, no está inmerso en inhabilitación o incompatibilidad para ser elegido Concejal del mismo municipio”

Concepto DAFP

- ✓ **¿Puede un Concejal de un municipio, ser socio de una empresa privada que celebra contrato con la administración del mismo municipio? RAD. 9677-2009**

La Corte Constitucional en Sentencia No. C-194 de 1995, respecto a las incompatibilidades de los Concejales, expuso:

“Un debido entendimiento de la norma demandada, bajo las perspectivas dichas y en desarrollo de una interpretación constitucional sistemática, permite concluir en su exequibilidad, aunque declarada bajo el supuesto de que, por una parte, en el texto legal se ha utilizado impropriamente el término "incompatibilidades", cuando se hace referencia a los seis meses que siguen a la dejación del cargo, pues en realidad se trata de prohibiciones, y, por otra, que éstas no deben interpretarse ni aplicarse como absolutas, lo que las haría inconstitucionales. De allí resulta que su alcance admisible, es decir, conforme a los postulados de la Carta Política, se reduce a impedir que la aceptación o desempeño de cargos, la celebración de contratos, la realización de gestiones y, en general, las diferentes tareas que el artículo 45 de la Ley 136 de 1994 denomina "incompatibilidades", para quien ha dejado de ser concejal, durante los seis meses siguientes a la culminación del período o la efectividad de la renuncia, puedan llevarse a cabo en relación con el mismo municipio o distrito al cual se sirvió en la posición enunciada.”

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, un concejal de un municipio no podrá celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.

En este orden de ideas para el caso objeto de consulta, en criterio de esta Dirección se considera que está inmerso en incompatibilidad el Concejal de un municipio que celebre contrato o realice gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado (Sociedades, Fundaciones, etc.) que sean contratistas del mismo municipio o reciban donaciones de éste.

En este orden de ideas para el caso objeto de consulta, en criterio de esta Dirección se considera que está inmerso en incompatibilidad el Concejal de un municipio que celebre contrato o realice gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado (Sociedades, Fundaciones, etc.) que sean contratistas del mismo municipio o reciban donaciones de éste”

Concepto DAFP

¿Puede una persona ser elegida Concejal de un municipio cuando su hermano es Gerente de una Clínica Privada que presta sus servicios a usuarios del régimen subsidiado en salud del mismo municipio? RAD. 13300/2006. (Radicación. EE9740 de 11-Dic-06)

*“estará inhabilitado para ser Concejal quien dentro del año anterior a la elección haya sido representante legal de entidades que **administren tributos, tasas o contribuciones en el respectivo municipio o distrito.** O de las entidades o distrito.*

En este orden de ideas y para el objeto de consulta, según los datos aportados en la misma, en criterio de esta Oficina, si su hermano dentro del año anterior a la elección fue representante legal de una IPS o una ARS privada que presta servicios de seguridad social en el régimen subsidiado en el municipio de Bucaramanga o que administro tributos, tasas o contribuciones del mismo municipio, se considera que está inhabilitada para postularse como candidata al Concejo en el municipio de Bucaramanga.”

INHABILIDADES MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES

FUNDAMENTO LEGAL

- **LEY 136 de 1994**

“Artículo 124. INHABILIDADES. Sin perjuicio de las demás inhabilidades que establezcan la Constitución y la ley, no podrán ser elegidos miembros de Junta Administradora Local quienes:

1. Hayan sido condenados a pena privativa de la libertad dentro de los diez (10) años anteriores a la elección, excepto en los casos de delitos culposos o políticos.

2. Hayan sido sancionados con destitución de un cargo público, excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos (2) veces por faltas a la ética profesional o a los deberes de un cargo público; y
3. Sean miembros de las corporaciones públicas de elección popular, servidores públicos o miembros de las Juntas y consejos directivos de las entidades públicas.”

JURISPRUDENCIA

El Consejo de Estado en sentencia de la Sección Primera Sala de lo Contencioso

Administrativo Radicación número: 25000-23-15-000-2002-0988-01(8516) de veinte (20) de febrero de dos mil tres (2003), Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, referente a la

“EDIL DEL DISTRITO CAPITAL - Régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el Decreto 1421 de 1993 / PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE EDIL DE BOGOTA - Remisión a las normas legales referidas a los municipios: Ley 136 de 1994, artículo 126

En lo concerniente a la pérdida de la investidura de los Ediles del Distrito Capital de la República, entidad territorial que goza de autonomía para la gestión de sus intereses, atendiendo el régimen especial al que se halla sometido, en los términos del artículo 322 constitucional, debe decirse que el Decreto 1421 de 1993 que, precisamente desarrolla este último precepto, aun cuando prevé en su artículo 66 las causales de inhabilidad de los miembros de las Juntas Administradoras Locales y, en el artículo 68, las incompatibilidades a que se sujetan estos servidores públicos, en realidad, no incorpora ninguna referencia específica con respecto a si se pierde o no la investidura por incurrir en alguno de los supuestos que dichas normas establecen o por cualquiera otra conducta que allí se defina. De manera que, al no existir una regulación especial relacionada con la pérdida de la investidura de los Ediles del Distrito Capital, subsidiariamente, por expreso mandato de la misma norma constitucional que contempla su régimen especial, aspecto que también recoge el artículo 2° del Decreto 1421 de 1993, deben aplicarse las normas constitucionales y legales referidas a los municipios, particularmente, para el asunto que nos interesa, la Ley 136 de 1994. Esta Ley desarrolló en su artículo 119 las Juntas Administradoras Locales, de que trata el artículo 318 de la Constitución Política y en su artículo 126 consagró las incompatibilidades de los ediles.”

JURISPRUDENCIA:

En este tema el consejo de Estado se pronunció en sentencia de fecha 30 de septiembre de dos mil cinco (2005) con número de Radicación: 5000-23-24-000-2003-01068-02(3206-3211) Consejero ponente: FILEMON JIMENEZ OCHOA y dijo:

“Se puede decir que estará inhabilitado si: “el elegido hubiera intervenido en la celebración de contratos con el Distrito Capital. Y que la celebración del convenio se hubiere efectuado dentro de los tres (3) meses que antecedieron la inscripción del candidato a Edil”

Por otra parte “Debe aclararse que es equivocada la invocación de los artículos 30.4, 33.4 y 60 de la Ley 617 de 2000, como fundamento jurídico de la inhabilidad alegada en contra de los ediles (...), por razón de la celebración de contratos con Alcaldía Local de Puente Aranda, en su condición de representantes legales de Juntas de Acción Comunal, por cuanto, si bien el artículo 60 de la citada ley hizo extensivas para Bogotá D.C. las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el capítulo quinto de la misma ley, en el aludido capítulo quinto nada se previó en relación con las inhabilidades de los ediles. De donde debe concluirse que para dichos servidores públicos continúa rigiendo, sin modificación, el artículo 66 del Decreto 1421 de 1993.”

En cuanto al tema de las inhabilidades de los Miembros de la Juntas Administradoras Locales el Honorable Consejo de Estado en sentencia con Radicación núm.: 41001-23-31-000-2001-0197-01(7082) Consejero ponente: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA de 4 de octubre de 2001, expresó:

*“Prima facie se observa que el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 tiene la vocación de regular íntegramente lo relativo a la pérdida de investidura de los servidores públicos en él mencionados, que en cuanto concierne a los concejales estaba desarrollada en el artículo 55 de la Ley 136 de 1994, cuyo contenido reproduce en parte la nueva disposición. En estas circunstancias, vistos en sí mismos los enunciados de ambos preceptos y teniendo en cuenta que la violación del régimen de inhabilidades, prevista como causal de pérdida de la investidura en el numeral 2 del artículo 55 de la Ley 136 de 1994, se omitió en el texto del pre aludido artículo 48 de la Ley 617 de 2000, se infiere que la misma se suprimió o derogó dentro del régimen de la pérdida de investidura de tales servidores públicos, atendiendo la parte final del artículo 3º de la Ley 153 de 1887, según la cual se estima “insubsistente una disposición legal (...) por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”. Por consiguiente, **la violación del régimen de inhabilidades ha de tenerse como desaparecida de las causales de pérdida de la investidura de los concejales y miembros de juntas administradoras locales, sin perjuicio de su aplicación y sanción en otros regímenes, v.g. los regímenes electoral y disciplinario.**”*

El Departamento Administrativo de la Función Pública emitió concepto respecto al tema en discusión en el cual se dijo:

“(...) mientras no se vea afectado de ninguna manera el servicio, el empleado de carrera administrativa que no ejerce jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, se considera que puede permanecer desempeñando el cargo, y estará habilitado para aspirar a ser elegido concejal en el mismo municipio, siempre y cuando, en el momento de ser elegido, no esté ocupando ningún cargo público Artículo 128 de la Constitución - Sentencia del Consejo de Estado de la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta.

Radicado No 2881 de junio 7 de 2002, esto significa que tendrá que renunciar al empleo antes del día de la elección. (...)

INHABILIDADES DEL CONTRALOR DEPARTAMENTAL

FUNDAMENTO LEGAL

- **LEY 330 DE 1996**

“Artículo 6o. INHABILIDADES. No podrá ser elegido Contralor quien:

- a) Haya sido Contralor de todo o parte del período inmediatamente anterior, como titular
- b) Haya sido miembro de los Tribunales que participaron en su postulación, dentro de los tres años anteriores;
- c) Durante el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia;
- d) Sea o haya sido miembro de la Asamblea en el último año;
- e) Estarán igualmente inhabilitados quienes en cualquier época hayan sido condenados penalmente a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos. Sentencia C-507 de 1997

No se podrá nombrar en ningún cargo de la Contraloría a los Diputados, a los Magistrados que hubieren intervenido en la postulación, elección del Contralor, ni al cónyuge, compañero o compañera permanente de los mismos, ni a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. La infracción de lo dispuesto en este artículo constituye causal de mala conducta.

El Contralor sólo asistirá a las juntas directivas de las entidades descentralizadas del orden departamental o municipal cuando sea expresamente invitado con fines específicos y no tendrá derecho a votar.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del Contralor quienes se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil respecto de los candidatos.

PARÁGRAFO. Quien haya ocupado en propiedad el cargo de Contralor Departamental no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, salvo la docencia, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, sino un año después de haber cesado en sus funciones.”

JURISPRUDENCIA

- ✓ La Corte Constitucional en Sentencia C-147 de 1998, respecto a las inhabilidades para ser Contralor departamental, señaló:

“la razón para restringir el acceso al desempeño como contralor departamental, por haber ejercido el candidato funciones públicas con anterioridad a la postulación, en los órdenes territoriales mencionados y en el año inmediatamente anterior a la elección que efectúa la correspondiente asamblea departamental (C.P., art. 272), está dirigida a impedir el ingreso de personas que, de alguna forma, tuvieron la oportunidad, los medios y las prerrogativas propias del ejercicio de funciones públicas, para incidir en su favor en una elección o nominación posterior, con clara violación del principio de igualdad de condiciones entre los demás postulantes (C.P., art. 13), y en detrimento de la prestación eficaz, moral, imparcial y pública de la función administrativa (C.P., art. 209), así como neutralizar la posibilidad de que se produzca un autocontrol de la gestión fiscal realizada.

(...)

6- La Corte coincide con la Vista Fiscal en que los anteriores criterios jurisprudenciales se aplican plenamente en el presente caso, pues si es legítimo que se inhabilite para ser contralor departamental a quienes se desempeñaron en el año anterior como servidores públicos distritales o municipales, con mayor razón se debe concluir que es válido que quienes hayan ocupado, en ese mismo lapso, cargos públicos en el orden departamental, no puedan ser contralores departamentales por la injerencia que pueden tener en la elección y por la posibilidad de terminar controlando sus propias actuaciones precedentes. Igualmente, la excepción establecida por la norma, según la cual la inhabilidad no se aplica para los casos de docencia, es constitucional, no sólo porque tiene un fundamento razonable sino, además, por cuanto la propia Carta la prevé. En efecto, el artículo 272 superior excluye expresamente la docencia como causa de inhabilidad para acceder al cargo de contralor departamental. Por tales razones, la Corte concluye que la norma acusada es exequible, y así lo señalará en la parte resolutive de esta sentencia.”

En febrero de 2003 EL CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN QUINTA Profirió sentencia con Radicado número: 05001-23-15-000-2001-0387-01 (3041), Consejero ponente: MARIO ALARIO MÉNDEZ, en la cual se hizo referencia al tema de inhabilidades del Contralor Departamental y estableció:

*“(...) Ello quiere decir que **no puede ser contralor departamental quien en el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, ni contralor distrital quien haya ocupado cargo público del orden distrital, ni contralor municipal quien haya ocupado cargo público del orden municipal, en el respectivo departamento, distrito o municipio**, como se dijo en sentencia de 4 de diciembre de 1995 y se reitera en esta oportunidad, salvo en lo concerniente a los contralores departamentales, porque mediante el artículo 6.º, literal c, de la ley 330 de 1996, "por la cual se [...] dictan otras disposiciones relativas a las contralorías departamentales", se estableció que no podía ser elegido contralor departamental quien durante el último año hubiera ocupado cargo público, y no solo del orden departamental, sino también "distrital o municipal, salvo la docencia", y esa disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-509 de 9 de octubre de 1997. (...).”*

Concepto DAFP

***¿Un empleado de una Contraloría Municipal de uno de los municipios de un departamento puede ser elegido como Contralor del mismo departamento?
RAD.2758/2007 (Radicación. EE3346 de 30-Abr-07)***

*“(…) nadie que haya ocupado un cargo público en un departamento, distrito o **municipio** durante el último año antes de postularse al cargo de contralor departamental, podrá ser elegido para desempeñar esa función.*

En este orden de ideas, (...) un empleado de una Contraloría Municipal de uno de los municipios de Antioquia está inhabilitado para ser elegido como Contralor del mismo departamento.”

INHABILIDADES DEL CONTRALOR MUNICIPAL

FUNDAMENTO LEGAL

“En ese orden, el artículo 272 de la Constitución Política establece en el inciso octavo:

*“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 departamental, distrital o municipal, salvo la docencia”.*

El mandato constitucional de manera expresa señala que no podrá ser elegido contralor municipal o distrital, quien en el último año haya sido miembro del concejo que deba hacer la elección, es decir, que la Constitución fija un límite respecto de un período que no es dable al Congreso de la República modificar a través de una ley.”⁹

- **LEY 136 de 1994**

Artículo 163. INHABILIDADES. <Artículo subrogado por el artículo 9o. de la Ley 177 de 1994.
> No podrá ser elegido Contralor, quien:

a) Haya sido Contralor o Auditor de la Contraloría Municipal en todo o parte del período inmediatamente anterior, como titular o como encargado;

⁹ Procuraduría General de la Nación Concepto N° 4491 de 20 de febrero de 2008. Dr. Edgardo José Maya Villazon. Expediente D-7143 Corte Constitucional.

b) Haya sido miembro de los tribunales que hagan la postulación o del Concejo que deba hacer la elección, dentro de los tres años anteriores; (Subrayado declarado inexecutable por sentencia C-468 de 2008).

c) Esté incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y párrafo de esta Ley, en lo que sea aplicable."

JURISPRUDENCIA

- ✓ **El Consejo de Estado** mediante sentencia Radicación número: 05001-23-15-000-2001-0387-01(3041) de febrero 6 de 2003, de la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, respecto a las inhabilidades del Contralor municipal señaló:

“La elección del señor Giraldo Jiménez, dijeron los demandantes, es violatoria del artículo 95, numeral 2, de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la ley 617 de 2000. Mediante la sentencia C-367 de 14 de agosto de 1996 la Corte Constitucional declaró executable el literal c del artículo 163 de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 9º de la ley 177 del mismo año. De la Corte Constitucional obligan las decisiones adoptadas mediante sus providencias, referidas al caso de que se trate, las cuales tienen toda la fuerza de la cosa juzgada. Siendo así, y sin perjuicio del criterio expuesto precedentemente, debe ser aplicado el literal c del artículo 163 de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 9º de la ley 177 del mismo año; y consecuentemente el artículo 95 de la ley 136 de 1994, según fue modificado por el artículo 37 de la ley 617 de 2000, en lo que sea aplicable. Pues bien, según el artículo 272 de la Constitución no puede ser elegido contralor departamental, distrital o municipal quien en el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia. Ello quiere decir que no puede ser contralor departamental quien en el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, ni contralor distrital quien haya ocupado cargo público del orden distrital, ni contralor municipal quien haya ocupado cargo público del orden municipal, en el respectivo departamento, distrito o municipio, como se dijo en sentencia de 4 de diciembre de 1995 y se reitera en esta oportunidad, salvo en lo concerniente a los contralores departamentales, porque mediante el artículo 6.º, literal c, de la ley 330 de 1996, "por la cual se [...] dictan otras disposiciones relativas a las contralorías departamentales", se estableció que no podía ser elegido contralor departamental quien durante el último año hubiera ocupado cargo público, y no solo del orden departamental, sino también "distrital o municipal, salvo la docencia", y esa disposición fue declarada executable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-509 de 9 de octubre de 1997. Siendo así las cosas, la inhabilidad establecida en el artículo 95, numeral 2, de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la ley 617 de 2000 –según el cual no puede ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal quien como empleado público, sin distinciones, dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido jurisdicción en el respectivo municipio–, no es inhabilidad para ser contralor municipal, en lo que pugna con el artículo 272, inciso séptimo, de la Constitución, según el cual, conforme al criterio expresado, no puede ser elegido contralor municipal quien en el último año haya ocupado cargo público del orden municipal, salvo la docencia. Y los cargos de los órganos judiciales son del orden nacional, en tanto pertenecientes a la rama judicial del poder público, como resulta de lo establecido

en los artículos 113, 116 y 228 de la Constitución y 1º, 11 y 12 de la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, especialmente. Entonces, el cargo de Magistrado que el señor Óscar Giraldo Jiménez desempeñó en el Tribunal Administrativo de Antioquia, que es del orden nacional, no lo inhabilitaba para ser elegido Contralor del municipio de Medellín, según lo expuesto.”

Por otra parte la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-468 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra en cuanto al tema de las Inhabilidades del Contralor estableció:

“(…) respecto de los concejales que quieran ser nombrados contralores distritales o municipales, la Constitución estableció el término de un año como lapso de inhabilidad, pero la ley ordenó que fueran tres, con lo cual superó el límite expresamente fijado por la norma superior y, sencillamente, se vulneró el contenido de la Carta. La conclusión de esta simple comparación es que la norma es inexecutable en ese aspecto.

Ahora bien, aunque el demandante impugnó la totalidad del literal b), los cargos de inconstitucionalidad sólo confrontaron la legitimidad del término de inhabilidad respecto de los concejales que aspiran a ocupar el cargo de contralor distrital o municipal. Ello quiere decir que no todo el literal b) acusado es inconstitucional, entre otras cosas porque la expresión "dentro de los tres años anteriores", es aplicable también a los magistrados de los tribunales que hagan la postulación y la Corte no se pronunció sobre dicho aspecto en esta sentencia.

Tal circunstancia obliga a retirar del ordenamiento jurídico únicamente la expresión "o del concejo que deba hacer la elección,", para que el resto de la disposición conserve sentido gramatical completo.

El retiro de esta expresión no crea, sin embargo, un vacío legal respecto de la inhabilidad de los concejales que aspiran a ser contralores distritales o municipales, pues tal como se ha explicado, dicha inhabilidad fue regulada directamente por el constituyente, lo que no hacía indispensable que apareciera consignado en la ley. Esto significa que, de acuerdo con el texto constitucional, no pueden ser contralores distritales o municipales quienes hayan sido miembros del concejo que deba hacer la elección dentro del año anterior a la misma.”

Concepto DAFP

¿Un Registrador Municipal, puede postularse a ser designado Contralor (...) del mismo municipio? RAD. EE15055-2006

“(...) teniendo en cuenta que el cargo de Registrador Municipal de un municipio no es del orden municipal, pues no pertenece a la Administración central ni Descentralizada del mismo municipio sino a la Registraduría Nacional del Estado, que es una entidad del Orden Nacional, en criterio de esta Dirección se considera que el Registrador municipal no está inmerso en inhabilidad para ser Contralor del mismo municipio o de otro, siempre y cuando, en el momento de ser elegido, no esté ocupando ningún cargo público (Artículo 128 de la Constitución), esto significa que tendrá que renunciar al empleo antes de la elección.”

INHABILIDADES DEL PERSONERO MUNICIPAL

FUNDAMENTO LEGAL

- **LEY 136 de 1994**

“Artículo 174. INHABILIDADES. No podrá ser elegido personero quien:

- a) Esté incurso en las causales de inhabilidad establecidas para el alcalde municipal, en lo que le sea aplicable;
- b) Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio;
- c) Haya sido condenado, en cualquier época, a pena privativa de la libertad excepto por delitos políticos o culposos;
- d) Haya sido sancionado disciplinariamente por faltas a la ética profesional en cualquier tiempo;
- e) Se halle en interdicción judicial;
- f) Sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil o tenga vínculos por matrimonio o unión permanente con los concejales que intervienen en su elección, con el alcalde o con el procurador departamental;
- g) Durante el año anterior a su elección, haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros o haya celebrado por sí o por interpuesta persona contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector

central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio;

h) Haya sido representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales en el municipio dentro de los tres meses anteriores a su elección.”

JURISPRUDENCIA

- ✓ **La Corte Constitucional en Sentencia C- 617 de 1997**, respecto a las inhabilidades para ser elegido Personero, señaló:

“El literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 prohíbe que sea elegido Personero Municipal o Distrital quien haya ocupado durante el año anterior cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio.

El legislador, como ya se expresó, goza de autorización constitucional para establecer causales de inhabilidad e incompatibilidad en cuanto al ejercicio de cargos públicos, y al hacerlo, en tanto no contradiga lo dispuesto por la Carta Política y plasme reglas razonables y proporcionales, le es posible introducir o crear los motivos que las configuren, según su propia verificación acerca de experiencias anteriores y su evaluación sobre lo que más convenga con el objeto de garantizar la transparencia del acceso a la función pública, de las sanas costumbres en el seno de la sociedad y de la separación entre el interés público y el privado de los servidores estatales, sin que necesariamente los fenómenos que decida consagrar en la calidad dicha tengan que estar explícitamente contemplados en el texto de la Constitución. Exigirlo así significaría quitar a la ley toda iniciativa en materias que son propias de su papel en el plano de la conformación del orden jurídico, despojando de contenido la función legislativa misma.”

“Busca la norma impedir que se utilice el poder para favorecer o auspiciar la campaña en búsqueda de la elección, lo cual se aviene sin esfuerzo al sentido y a los objetivos de las inhabilidades, resguarda la confianza pública en la autonomía de los concejales al elegir y protege la igualdad de condiciones entre los distintos candidatos al cargo de Personero.”

- ✓ Respecto de inhabilidades de personeros, el Consejo de Estado, en fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente Darío Quiñones Pinilla Bogotá, D. C., tres (3) de mayo de dos mil dos (2002), Radicación número: 25000-23-15-000-2001-0101-01(2813), a propósito del estudio de la inhabilidad de quien aspiraba a ser personero, habiendo ejercido como personero dentro del año anterior a la elección, conceptuó:

“Es cierto que en materia de inhabilidades del Personero, el artículo 174 de la Ley 136 de 1994, de una parte, en su literal a), señaló que son las mismas causales establecidas para el alcalde “... en lo que le sea aplicable...”, y, de otra, en los demás literales de esa norma -literales b) a h)- estableció de manera específica otras causales de inhabilidad especiales para dicho funcionario de control. Sin embargo, se debe tener en cuenta que las inhabilidades establecidas para el alcalde en el artículo 95, numerales 2° y 5°, de la Ley

136 de 1994, con la modificación introducida por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, no son aplicables al Personero, pues en punto del desempeño de cargos o empleos públicos el literal b) del artículo 174 de esa misma ley establece una causal específica de inhabilidad para el personero: la de que no puede ser elegido como tal quien "Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio". **Esto excluye, por consiguiente, la aplicación por remisión de las señaladas para el alcalde, pues éstas igualmente se refieren al desempeño de cargos públicos y dicha remisión solo es viable cuando no existe norma especial de inhabilidad para el personero y la señalada para el alcalde sea compatible con la naturaleza jurídica del cargo de control.**

Precisamente, en relación con la causal de inhabilidad de que trata el numeral 4° del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 en su versión original, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-767 de 1998, se pronunció en el sentido de concluir que no resultaba aplicable a los personeros y, por tanto, se inhibió de conocer de la demanda contra esa norma "por inexistencia de la norma acusada en el ordenamiento legal Colombiano". Como sustento de la decisión, la Corte expresó, entre otras razones, la siguiente:

"Ahora bien, en la medida en que la propia ley previó una inhabilidad específica para ser personero cuando la persona ocupó previamente un cargo en la administración, la cual está contenida en el literal b) del artículo 174, no parece razonable extender a los personeros la inhabilidad sobre el mismo tema prevista para el alcalde. Debe entenderse entonces que la inhabilidad establecida por el numeral 4° del artículo 95 no es aplicable a los personeros, no sólo debido a la interpretación estricta de las causales de inelegibilidad sino también en virtud del principio hermenéutico, según el cual la norma especial (la inhabilidad específica para personero) prima sobre la norma general (la remisión global a los personeros de todas las inhabilidades previstas para el alcalde)".

Ahora bien, por la misma razón aducida por la Corte Constitucional para considerar que no resulta aplicable a los personeros la inhabilidad que el artículo 95, numeral 4°, de la Ley 136 de 1994 establecía para los alcaldes, se puede concluir igualmente que tampoco resultan aplicables a los personeros las inhabilidades que para el alcalde establece ahora el artículo 95, numerales 2° y 5°, según la modificación del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, pues estos numerales estructuran la inhabilidad para los alcaldes por el hecho del desempeño de cargos o empleos públicos.

De manera que si la inhabilidad del personero por el desempeño de cargos o empleos públicos está regulada de una manera especial y restringida, no es posible pretender la aplicación de unas inhabilidades de una mayor cobertura establecidas para el alcalde, pues se modificaría la voluntad legislativa por vía interpretativa.

(...)

La inhabilidad para ser alcalde derivada del hecho de haber sido personero o contralor en un periodo de doce (12) meses antes de la fecha de la elección -artículo 95, numeral 5- tiene como justificación constitucional la búsqueda de la independencia del jefe de la administración local (artículo 287 de la Carta), pues es razonable sostener que las actuaciones de los órganos de control pueden proyectarse hacia el futuro o extenderse

*durante la gestión del siguiente alcalde. De modo que si la labor de los personeros y contralores puede proyectarse durante el periodo del próximo alcalde y se autoriza que esos funcionarios pueden ejercer el cargo de alcalde en el periodo siguiente al que cumplan sus funciones de control, necesariamente se comprometería la independencia y la gestión de la primera autoridad política municipal. Por consiguiente, es claro que la prohibición señalada para ser elegido alcalde busca garantizar la independencia de la gestión administrativa. **En cambio, la situación relativa a la reelección del personero es diferente, puesto que la naturaleza de su función no es incompatible con la continuidad en el cargo. Por lo tanto, la finalidad constitucional de la inhabilidad para los alcaldes es clara, más no así para los personeros.***

La Corte Constitucional en el año de 1998 mediante sentencia N° C-483 con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo se dijo:

“La inaplazable necesidad de purificar los procesos de acceso a la función pública, ha dado lugar a la consagración de inhabilidades, entendidas como hechos o circunstancias antecedentes, predicables de quien aspira a un empleo, que, si se configuran en su caso en los términos de la respectiva norma, lo excluyen previamente y le impiden ser elegido o nombrado. Claro está, las inhabilidades deben ser contempladas en relación con el cargo del que se trata, según las peculiaridades de su ejercicio y el tipo de responsabilidades, atribuciones y competencias que asume el servidor público correspondiente.

(...)

El Constituyente no ha entrado a definir en el propio texto de la Constitución Política todas las incompatibilidades e inhabilidades aplicables a los distintos cargos públicos. Buena parte de ellas son del exclusivo resorte del legislador, por disposición expresa de la misma Constitución o por cláusula general de competencia. La atribución constitucional del legislador es clara a ese respecto en el caso de los personeros municipales. El artículo 118 de la Carta Política señala que el Ministerio Público será ejercido, entre otros funcionarios, por los personeros municipales, quienes serán elegidos por los concejos para el período que fije la ley. Por su parte, el artículo 150, numeral 23, de la Constitución Política establece que corresponde al Congreso "expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas", lo cual implica que, a falta de norma específica de rango constitucional que defina quién habrá de establecer el régimen de incompatibilidades e inhabilidades de un cierto empleo, ello atañe al legislador. Así, pues, en el caso de los empleos públicos que hayan de ser desempeñados en los departamentos y municipios -tal acontece con los personeros en estas últimas entidades territoriales-, es el legislador el llamado a consagrar las reglas pertinentes sobre la materia.

(...)

El literal acusado hace parte del artículo 174 de dicha Ley y su objeto consiste en determinar las causas por las cuales una persona no puede ser elegida para ejercer el cargo de personero municipal. No hay allí ruptura de principios superiores ni ofensa alguna a las normas constitucionales. Siendo evidente que al legislador corresponde establecer

las razones de inhabilidad de las dos modalidades de servicio público -alcaldías y personerías-, nada se opone a que, plasmadas las referentes a uno de tales cargos, al enunciar las relativas al otro considere la ley que los mismos hechos son válidos en lo que por su naturaleza y funciones aparezca pertinente, para los fines de estatuir tales requisitos negativos. Y con tal forma de expresar la voluntad legislativa ningún derecho de los aspirantes se quebranta, como tampoco se afectaría el sistema jurídico si se optara por establecer regímenes comunes, es decir, una enumeración de inhabilidades o incompatibilidades que cobijara varios cargos. Satisfaría el legislador la necesidad de predeterminar los motivos correspondientes, sin necesidad de repetir la lista con respecto a cada empleo, y sin contemplar -no está obligado a hacerlo- causas diferentes e irrepetibles para cada uno de ellos. Con ello no se desconoce el principio de igualdad, puesto que no se introducen discriminaciones entre sujetos que se encuentran en las mismas circunstancias, ni el derecho al trabajo de quienes aspiren al cargo -que no resulta frustrado en cuanto no se impide aspirar ni llegar al desempeño del empleo sino que, para el efecto, se fijan requisitos negativos previos- ni, en consecuencia, se obstruyen las posibilidades de acceso al servicio público."

En el año 2003 la personería de Bogotá emitió concepto respecto a las Inhabilidades del Personero en el cual se dijo que:

"Es cierto que en materia de inhabilidades del Personero, el artículo 174 de la Ley 136 de 1994, de una parte, en su literal a), señaló que son las mismas causales establecidas para el alcalde "... en lo que le sea aplicable...", y, de otra, en los demás literales de esa norma -literales b) a h)- estableció de manera específica otras causales de inhabilidad especiales para dicho funcionario de control. Sin embargo, se debe tener en cuenta que las inhabilidades establecidas para el alcalde en el artículo 95, numerales 2° y 5°, de la Ley 136 de 1994, con la modificación introducida por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, no son aplicables al Personero, pues en punto del desempeño de cargos o empleos públicos el literal b) del artículo 174 de esa misma ley establece una causal específica de inhabilidad para el personero: la de que no puede ser elegido como tal quien "Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio". Esto excluye, por consiguiente, la aplicación por remisión de las señaladas para el alcalde, pues éstas igualmente se refieren al desempeño de cargos públicos y dicha remisión solo es viable cuando no existe norma especial de inhabilidad para el personero y la señalada para el alcalde sea compatible con la naturaleza jurídica del cargo de control.

Concepto DAFP

¿Un funcionario de la Alcaldía Municipal de Teorema – N. Santander, puede ser elegido Personero del mismo municipio? RAD. 11943/2006. (Radicación. EE7902 de 27-Sep-06)

“(…) para que una persona pueda ser elegida por el Concejo municipal como Personero, no debe haber ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio en el cual será designado.”

En este orden de ideas, (...) se considera que usted como Secretario de Gobierno del municipio de Teorema - N. Santander, podrá ser designado Personero del mismo municipio, siempre y cuando renuncie a su empleo un año antes de la elección por parte del Concejo.”

PROHIBICIONES DE PARIENTES DE GOBERNADOR, DIPUTADO, ALCALDE, CONCEJALES Y MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES PARA SER NOMBRADOS EN LA CIRCUNSCRIPCION TERRITORIAL.

FUNDAMENTO LEGAL

- **Constitución Política**

“**Artículo 292.** Los diputados y concejales y sus parientes dentro del grado que señale la ley no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

No podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.”

- **Ley 53 de 1990**

“**Artículo 19.** El artículo 87 del Código de Régimen Municipal (Decreto-ley número 1333 de 1986), quedará así:

Los concejales, principales y suplentes, no podrán ser nombrados empleados oficiales del respectivo municipio, a menos que fuese en los cargos de alcalde, por designación o

nombramiento. En tal caso se producirá pérdida automática de su investidura, a partir de la fecha de su posesión.

El cónyuge, compañero o compañera permanente, ni los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de alcalde, de los concejales principales o suplentes, del Contralor, del Personero, del Secretario del Concejo, de los Auditores o Revisores, no podrán ser nombrados ni elegidos para cargo alguno en ninguna dependencia del respectivo municipio, ni contratar con el mismo, dentro del período para el cual fueron elegidos. No se dará posesión a quien fuere nombrado o elegido violando este artículo, previa comprobación.”

- **Ley 190 de 1995**

“Artículo 52. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 292 de la Constitución Política, ni los diputados, ni los concejales, ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil, ni sus delegados, podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

Conforme al artículo 292 de la Constitución Política no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil. “

- **Ley 821 de 2003 modificada a su vez por el artículo 1º de la ley 1148 de 2007**

“Artículo 1º. El artículo 49 de la Ley 617 de 2000 quedará así:

Artículo 49. Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales. Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

Parágrafo 1°. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

Parágrafo 2°. Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

Parágrafo 3°. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría. Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.”

LEY 1296 DE 2009 Por medio de la cual se modifica el artículo 1o de la Ley 1148 de 2007.

ARTÍCULO 1o. *El inciso 3o del artículo 1o de la Ley 1148 de 2007, modificadorio del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, quedará así:*

“Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, concejales municipales y distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente”.

JURISPRUDENCIA

- ✓ **La Corte Constitucional en Sentencia C-311 de marzo 31 de 2004**, Magistrado Ponente, Doctor Álvaro Tafur Galvis, respecto al artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificado por la Ley 821 de 2003, declaró:

“En ese orden de ideas no resulta posible proceder a la declaratoria de inexequibilidad del segundo inciso del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003 como lo solicita el señor Procurador, ni de las expresiones “cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad” acusadas por el actor, pues dicha declaratoria de inexequibilidad dejaría por fuera del ordenamiento jurídico disposiciones que en determinadas hipótesis y en relación con determinadas personas en él invocadas, en nada contradicen la Constitución frente al cargo planteado.

4.2.2 La Corte constata que lo que procede en el presente caso, como lo ha hecho en circunstancias similares, es dictar una sentencia condicionada que asegure el respeto de la Constitución, dando la norma una interpretación que se ajuste a sus mandatos.

En efecto, si se entendiera que lo que la norma señala es que en el caso de los parientes de los diputados y concejales -independientemente de que en su designación intervengan o no dichos diputados y concejales, bien sea directamente como nominadores o bien en la designación de quien actúa como nominador -, no podrán ser designados aquellos que se

encuentren en el cuarto grado de consanguinidad segundo de afinidad y primero civil, se estará contradiciendo el mandato expreso del segundo inciso del artículo 292 superior.

A dicha interpretación por ser contraria a la Constitución debe preferirse la interpretación que sí respeta el artículo 292-2 superior, a saber, que en el caso de los parientes de los diputados y concejales, cuando los mismos diputados y concejales no actúan como nominadores o no han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, se aplicará en cuanto al grado de parentesco la regla prevista en el segundo inciso del artículo 292 de la Constitución, a saber que “no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.” (Subraya la Corte). Mientras que i) cuando dichos diputados o concejales actúan como nominadores o han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, o ii) cuando se trata de los parientes de gobernadores y alcaldes, o iii) cuando se trata de los parientes de los miembros de las juntas administradoras locales municipales o distritales, el grado de parentesco a tomar en cuenta es el previsto en el referido inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1° de la Ley 821 de 2003, a saber el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil.

Cabe hacer énfasis así mismo en que en cualquier caso la inhabilidad se aplica es dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo gobernador, alcalde, diputado, concejal o miembro de junta administradora local, municipal o distrital.”

- ✓ **El Consejo de Estado en Sentencia**, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación número: 17001-23-31-000-2002-0434-02(3064), marzo 6 de 2003 Consejero Ponente: MARIO ALARIO MÉNDEZ, respecto a la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal, expresó:

“Según lo dispuesto en el artículo 95, numeral 3, de la ley 136 de 1994, sobre inhabilidades para ser alcalde –como fue modificado por el artículo 37 de la ley 617 de 2000–, no puede ser inscrito como candidato ni elegido alcalde 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”.

La norma referida contiene un primer supuesto, la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal; y un segundo supuesto, la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, en interés propio o de terceros, que deban cumplirse en el respectivo municipio, y todo ello dentro del año anterior a la elección.”

- ✓ **La Corte Constitucional en sentencia C-348 de 2004**, Magistrado Ponente, Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, respecto al artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificado por la Ley 821 de 2003, declaro:

“3.6. Finalmente, en relación con las normas sobre la inhabilidad para ser directa o indirectamente contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio o de sus

entidades descentralizadas o para ser vinculados por contratos de prestación de servicios, la Corte resalta que estas disposiciones hacen parte del desarrollo de la atribución dada por el artículo 150 inciso final de la Constitución, según el cual compete al Congreso de la República expedir el estatuto general de contratación de la administración pública.

*Estas medidas constituyen igualmente un desarrollo legislativo razonable y proporcionado, como instrumento necesario e idóneo para el logro de los principios rectores de la actuación administrativa y garantizar que las actuaciones públicas estén despojadas de propósitos o intenciones ajenos al servicio público y al interés general. Lo que buscan las disposiciones demandadas es evitar, entre otros efectos, la injerencia indebida de los miembros de las corporaciones públicas en la gestión pública del orden territorial y a favor de sus allegados, lo cual no puede entenderse como una sanción legislativa a los parientes de los diputados y concejales. **De tal suerte que las inhabilidades en referencia constituyen una garantía de imparcialidad, transparencia y moralidad de la gestión pública en los departamentos, distritos y municipios.***

Además, el artículo 292 no constituye el único referente constitucional para efectos de determinar el régimen de prohibiciones de la contratación estatal que se surta en el orden territorial. Por consiguiente, la regulación legislativa sobre asuntos ajenos a los contemplados en ese artículo superior que invoca el actor, no constituye, per se, una vulneración de la Carta Política, y menos aun cuando en esta materia tampoco existe exigencia constitucional alguna que aluda al carácter vinculante de los grados de parentesco señalados en el inciso segundo del artículo 292 de la Carta.

La Corte concluye entonces que las medidas adoptadas representan la voluntad del legislador, que, a partir de su propia verificación de las experiencias conocidas y la evaluación de la gestión territorial, ha estimado pertinente fijar tales restricciones, sin que ellas afecten de manera irrazonable o desproporcionada los derechos a la igualdad, trabajo o acceso a cargos y funciones públicas de los parientes de diputados y concejales. Además, si la norma acusada fue proferida en ejercicio de las atribuciones otorgadas por el artículo 150 de la Constitución, el legislador no (sic)

En consecuencia, se declarará la exequibilidad de los apartes demandados del inciso tercero y el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 821 de 2003, pero precisando que las prohibiciones allí previstas surtan efectos únicamente dentro del ámbito territorial de competencias del respectivo diputado o concejal.

No obstante lo anterior, para evitar alcances irrazonables de las disposiciones acusadas, en el mismo sentido de lo señalado en la sentencia C-618 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, “la Corte entiende que la disposición acusada no se aplica a aquellos contratos por medio de los cuales la administración ofrece, en igualdad de condiciones, a todos los ciudadanos y personas, un determinado bien o servicio, en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales, tal y como sucede por ejemplo con la prestación de los de los servicios públicos, pues en tal caso la inhabilidad sería totalmente irrazonable.”

✓ **El Consejo de Estado** mediante Concepto de abril 26 de 2001, radicación No. 1.347, de Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, en

cuanto a los alcances de las inhabilidades sobrevinientes respecto de los parientes de los servidores públicos de elección popular en los entes territoriales, expresó:

*“Como la conducta prohibida es la de “nombrar”, debe entenderse que la potestad nominadora sólo es viable ejercerla por el funcionario elegido hacia el futuro, luego de la asunción del cargo, **lo que no es predicable de quien ya está prestando sus servicios**; por lo tanto, tal facultad no es posible retrotraerla en el tiempo para darle el alcance que no se desprende de la norma constitucional, razón por la cual el funcionario o empleado vinculado con anterioridad a la posesión de su pariente investido de la potestad mencionada sólo tendría que retirarse del servicio, por el arribo de aquél a la administración, si así estuviera previsto en una norma legal que estableciera una inhabilidad sobreviniente.*

“ Si bien el artículo 6 de la Ley 190 de 1995, prevé la obligación del servidor de advertir inmediatamente- a la entidad a la cual le presta servicios- que le ha sobrevenido al acto de nombramiento una inhabilidad o incompatibilidad, con la consecuencia de que si pasados tres meses no pone fin a la situación que la origina, cuando a ello hubiere lugar, procederá el retiro inmediato del servidor, su hipótesis normativa no es aplicable al caso en estudio puesto que no existe norma expresa que establezca una inhabilidad que determine su desvinculación.

*“.. No resulta procedente interpretar la norma constitucional en el sentido que el servidor deba **retirarse ante una relación de parentesco que no existía al momento de su nombramiento** y que por lo mismo es anterior a la posesión del pariente, cónyuge o compañero permanente, titular actual de la potestad nominadora.”*

- ✓ **El Consejo de Estado**, mediante concepto radicación No 1.675 de agosto 31 de 2005 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Gustavo Aponte Santos, respecto a la vigencia de la prohibición para designar familiares del Contralor, el Personero, el Secretario del Concejo y los Auditores o Revisores en cargos del respectivo municipio, señaló:

“En la actualidad, se encuentra vigente el inciso segundo del artículo 87 del Decreto 1333 de 1986, modificado por el artículo 19 de la Ley 53 de 1990, en relación con la prohibición establecida en dicha norma de designar al cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del Contralor, el personero, el Secretario del Concejo, los auditores o Revisores, en los empleos del respectivo municipio y sus entidades descentralizadas, durante el periodo para el cual tales servidores fueron elegidos”

Concepto DAFF

¿El cuñado de un concejal del Municipio de Albán - Nariño, está inhabilitado para celebrar contrato de prestación de servicios o ser designado funcionario del mismo municipio? Rad. 11397/2005 (Radicación. EE7860 de 30-Ago-05)

“(...) se encuentran inhabilitados para celebrar contratos de prestación de servicios en la correspondiente entidad territorial, los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, sus parientes en el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.”

En este orden de ideas y para el caso objeto de consulta teniendo en cuenta que la persona a celebrar contrato de prestación de servicios con el municipio de Albán - Nariño, tiene vínculo de parentesco en segundo grado de afinidad (Cuñada) con un Concejal del mismo municipio, (...) está inhabilitada para contratar con el municipio y sus entidades descentralizadas.”

Concepto DAFF

¿El primo de un concejal de un municipio, está inhabilitado para ser designado funcionario del mismo municipio? Rad. 16573/2005 (Radicación. EE10735 de 24-Nov-05)

“(...) no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial, los cónyuges o compañeros permanentes concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

En este orden de ideas y para el caso objeto de consulta teniendo en cuenta que la persona a nombrar como empleado (Medico) del Hospital Arsenio Repizo del Municipio de San Agustín - Huila, tiene vínculo de parentesco en cuarto grado de consanguinidad (Primo) con un concejal del mismo municipio, (...) no está inmerso en inhabilidad o incompatibilidad para estar vinculado o vincularse al Hospital de la localidad.”

Concepto DAFF

¿El cuñado de un Diputado del Departamento de Putumayo, podrá ser designado como Gerente de una entidad descentralizada del mismo departamento? RAD. 12623/2006 (Radicación. EE813 de 08-Feb-07)

“no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial, los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil; por consiguiente, en criterio de esta Oficina se considera que el cuñado (segundo grado de afinidad) de un Diputado del Departamento de Putumayo, no se encuentra inmerso en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para ser designado como Gerente de una entidad descentralizada del mismo departamento.”

Concepto DAFF

¿El hermano de un Alcalde que forma parte de la Asamblea Corporativa de la Corporación Autónoma Regional del Guavio, puede ser nombrado en la misma Corporación? RAD. 3418/2007. (Radicación. EE2621 de 03-Abr-07)

“(…) teniendo en cuenta que la designación del representante legal de la Corporación la efectúa el Consejo Directivo y no la Asamblea Corporativa de la entidad de la cual hace parte su pariente y en atención a lo señalado por la Corte Constitucional en cuanto a que las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en el estatuto general que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva, (...) se considera que el hermano del alcalde, el cual hace parte de la Asamblea Corporativa, no está inhabilitado para vincularse como empleado en la Corporación Autónoma Regional del Guavio.”

INHABILIDADES DE DIRECTORES, GERENTES Y MIEMBROS DE JUNTAS DIRECTIVAS DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ORDEN TERRITORIAL.

FUNDAMENTO LEGAL

- **Ley 489 de 1998.**

“**Artículo 79.** REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS MIEMBROS DE LOS CONSEJOS Y DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. Además de lo dispuesto en la Constitución Política sobre inhabilidades de los congresistas, diputados y concejales, para ser miembro de los consejos directivos, director, gerente o presidente de los establecimientos públicos, se tendrán en cuenta las prohibiciones, incompatibilidades y sanciones previstas en el Decreto-ley 128 de 1976, la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes que las modifiquen o sustituyan.

Artículo 102. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen.”

- **La Ley 734 de 2002**, Código Único Disciplinario, señala:

“**Artículo 41.** *EXTENSIÓN DE LAS INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS.* Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal.”

- **Decreto 128 de 1976**

“**Artículo 3o.** DE QUIENES NO PUEDEN SER ELEGIDOS O DESIGNADOS MIEMBROS DE JUNTAS O CONSEJEROS, GERENTES O DIRECTORES. Además de los impedimentos o inhabilidades que consagren las disposiciones vigentes, no podrán ser elegidos miembros de Juntas o Consejos Directivos, ni Gerentes o Directores quienes:

- a. Se hallen en interdicción judicial;
- b. Hubieren sido condenados por delitos contra la administración pública, la administración de justicia o la fe pública, o condenados a pena privativa de la libertad por cualquier delito, exceptuados los culposos y los políticos;
- c. Se encuentren suspendidos en el ejercicio de su profesión o lo hubieren sido por falta grave o se hallen excluidos de ella;
- d. Como empleados públicos de cualquier orden hubieren sido suspendidos por dos veces o destituidos;

e. Se hallaren en los grados de parentesco previstos en el Artículo 8o. de este Decreto;

f. Durante el año anterior a la fecha de su nombramiento hubieren ejercido el control fiscal en la respectiva entidad.

Artículo 4o. DE LAS PROHIBICIONES A LOS FUNCIONARIOS DE LA CONTRALORIA. No podrán hacer parte de las Juntas a que se refiere el presente Decreto quienes sean funcionarios o empleados de la Contraloría General de la República, excepción hecha de quienes por estatutos u otras normas asistan a los mismos con derecho a voz pero no a voto.”

“**Artículo 8o.** DE LAS INHABILIDADES POR RAZON DEL PARENTESCO. Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos no podrán hallarse entre sí ni con el Gerente o Director de la respectiva entidad, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Habrá lugar a modificar la última elección o designación que se hubiere hecho, si con ella se violó la regla aquí consignada.”

“**Artículo 10.** DE LA PROHIBICION DE PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES. Los miembros de las Juntas o Consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los Gerentes o Directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece.

Artículo 11. DE LA PROHIBICION DE DESIGNAR FAMILIARES. Las Juntas y los Gerentes o Directores no podrán designar para empleos en la respectiva entidad a quienes fueren cónyuges de los miembros de aquéllas o de éstos o se hallaren con los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.”

Concepto DAFP

¿Un ex miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado -E.S.E-, puede ser elegido como Gerente de la misma entidad? RAD 14566/2004. (Radicación. EE11609 03/12/2004)

“(...) el ex miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado está inhabilitado para ser nombrado como Gerente de la misma Entidad, ya que el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, estableció que los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actuó.”

Concepto DAFP

¿Una persona que ha sido condenado a prisión por porte de drogas alucinógenas puede ser miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado? RAD 12679/2005. (Radicación. EE10741 de 24-Nov-05)

“...atendiendo a lo expresamente señalado en el Decreto Ley 128 de 1978, no podrá ser designado miembro de una Junta Directiva de una Empresa Social del Estado quien hubiere sido condenado a pena privativa de la libertad por cualquier delito, exceptuados los culposos y los políticos.”

Concepto DAFP

¿Una persona que tiene una inhabilidad especial en curso decretada por la Procuraduría General de la Nación, está inhabilitado para ser elegido Director de Corporación Autónoma Regional? RAD 11777/2006 (Radicación. EE261 de 17-Ene-07)

“(...) para ejercer un empleo público se requiere no encontrarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de ésta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta los datos suministrados en la consulta, si en la preselección de los candidatos a ser elegidos como Director de la Corporación Autónoma, uno de los pasos es la Valoración de las Hojas de vida con los correspondientes antecedentes disciplinarios, fiscales y judiciales, ...se considera que la persona que reporte sanción disciplinaria en el Sistema de Información SIRI de la Procuraduría General de la Nación que genere inhabilidad para desempeñar cargos públicos, dicha persona no podrá participar en la elección de Director de la Corporación, así la sanción termine antes de que se inicie el periodo para el cual va a ser nombrado.”

RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS PARTICULARES EN LAS JUNTAS DIRECTIVAS DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ORDEN NACIONAL Y TERRITORIAL.

A los particulares miembros de las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas del orden nacional y territorial se les aplica el mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades

consagrado para los demás miembros de la Junta Directiva de conformidad con lo dispuesto en el campo de aplicación en el artículo 1º del Decreto 128 de 1976, así:

“ARTÍCULO 1o. DEL CAMPO DE APLICACION. *Las normas del presente Decreto son aplicables a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los Gerentes, Directores o Presidentes de dichos organismos.*

Las expresiones "miembros de Juntas o Consejos", "Gerentes o Directores" y "sector administrativo" que se utilizan en el presente Decreto se refieren a las personas y funcionarios citados en el inciso anterior y al conjunto de organismos que integran cada uno de los Ministerios y Departamentos Administrativos con las entidades que les están adscritas o vinculadas.

Acerca de la calidad de los miembros particulares de las Juntas Directivas de los Organismos Descentralizados se pronunció el Consejo de Estado mediante sentencia de la Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicación 410012331000200301264-01 de febrero 17 de 2005 *Consejero ponente: DARIO QUIÑONES PINILLA*, respecto a los miembros de la Junta Directiva de las Empresas Sociales del Estado, entre ellos los representantes de la comunidad que son designados por las Alianzas o Asociaciones de Usuarios legalmente establecidos y por los gremios de la producción del área de influencia de la Empresa Social del Estado, en la cual señaló:

“El parágrafo del artículo 2º de la Ley 489 de 1998 dispone que las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa y características y el régimen de las entidades descentralizadas previstos en esa ley se aplican a las entidades territoriales. En especial, el artículo 68, parágrafo 1º, de esa misma ley, señala que “de conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial. Y, no debe olvidarse que, como se vio, al tenor de lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 489 de 1998 las Empresas Sociales del Estado creadas por la Nación o las entidades territoriales, al igual que los establecimientos públicos, son entidades descentralizadas.”

Ahora, el hecho de que esta última norma hubiere remitido a las Leyes 100 de 1993 y 344 de 1996, no significa que el artículo 74 de la Ley 489 de 1998 que reitera lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 no pueda aplicarse, por cuanto el legislador prevé su aplicación subsidiaria.

Con base en lo anterior se infiere con claridad que el sólo hecho de ser miembros de las juntas directivas de las entidades públicas no les confiere a estos la calidad de empleados públicos.

Ahora, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, los Hospitales Públicos son Empresas Sociales del Estado y éstas “constituyen una categoría

especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos”. **En este mismo sentido, el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 califica las Empresas Sociales del Estado como entidades descentralizadas de los órdenes nacional o territorial.**”

“Sin embargo, en ninguna de las normas trascritas anteriormente se determina con claridad cuál es la naturaleza de los miembros de la Junta Directiva de esa Empresa Social del Estado, por cuanto no todos ellos se encuentran vinculados laboralmente a la misma.

(...)

Y, el artículo 10 del Decreto 1876 de 1994, preceptuó que, sin perjuicio de lo dispuesto en los estatutos internos y reglamentos de cada entidad, la Junta Directiva de un Hospital Público “se reunirá ordinariamente cada dos (2) meses y extraordinariamente a solicitud del Presidente de la Junta o del Representante Legal de la Empresa Social, o cuando una tercera parte de sus miembros así lo soliciten”.

En consecuencia, para la Sala resulta evidente que el carácter de miembros de las Juntas Directivas de los Hospitales Públicos no confiere la categoría de empleado público, puesto que, de un lado, no desempeñan funciones permanentes sino transitorias y periódicas para dirigir la entidad descentralizada y, de otra, la ausencia de la dedicación permanente a dichas juntas les autoriza a desempeñar otras actividades que resultan compatibles con el ejercicio de esa función. (Resaltado nuestro)

(...)

La primera, la lectura sistemática de todas las normas que se transcribieron muestra que los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado, por el solo hecho de tener esa condición, no desempeñan empleo público ni adquieren la categoría de empleados públicos, pues no ocupan cargos de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa en esas entidades.

La segunda, la calidad de miembro de la Junta Directiva no implica vinculación laboral al Hospital Público. Incluso, el artículo 8º, parágrafo, del Decreto 1876 de 1994 señala que “La entidad territorial respectiva, a la cual esté adscrita la Empresa Social del Estado, fijará los honorarios por asistencia a cada sesión de la Junta Directiva, **para los miembros de la misma que no sean servidores públicos.** En ningún caso dichos honorarios podrán ser superior a medio salario mínimo mensual por sesión, sin perjuicio de reconocer en cuenta separada, los gastos de desplazamiento de sus integrantes a que haya lugar”. Ello muestra con claridad que algunos de los miembros de la Junta Directiva no son servidores públicos a quienes no se les remunera sus servicios con salario sino con honorarios.

La tercera, la calidad de empleado público no deviene del carácter de miembro de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado. En efecto, algunos de esos integrantes tienen la calidad de empleados públicos pero no por el hecho de ser miembros de la Junta sino por su vinculación laboral anterior. Es el caso, por ejemplo, del Jefe de la Administración Departamental, Distrital o Local y el Director de Salud de la entidad territorial, quienes son miembros de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado respectiva como representantes del estamento político administrativo y son empleados públicos por su vinculación con la entidad territorial correspondiente. Igualmente, puede tener la calidad de

empleado público el representante del sector científico de la salud designado por los profesionales de la institución.

No obstante, los representantes de la comunidad que son designados por las Alianzas o Asociaciones de Usuarios legalmente establecidos y por los gremios de la producción del área de influencia de la Empresa Social del Estado son particulares que hacen parte de la Junta Directiva del Hospital Público, por lo que no tienen el carácter de empleados públicos. A esa conclusión se llega teniendo en cuenta, entre otras, las normas contenidas en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1298 de 1994.”

De conformidad con la jurisprudencia citada, se establece que los miembros particulares de las Juntas Directivas por el hecho de su pertenencia a las mismas no los convierte en servidores públicos pero si conservan su calidad de particulares que cumplen funciones públicas por el hecho de dirigir un organismo público.

En el mismo sentido lo contempla la normatividad en el Decreto 1950 de 1973 Por el cual se reglamentan los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil., en su artículo 5º en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 5o. Las personas a quienes el Gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, o los miembros de Juntas, Consejos o Comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes.”

INCOMPATIBILIDADES

QUE SE ENTIENDE POR INCOMPATIBILIDADES

La incompatibilidad ha sido definida jurisprudencialmente como “imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades”.

La Corte Constitucional ha señalado en relación a las consecuencias de la incompatibilidad, que “(..) si en ella se incurre, el propio ordenamiento contempla la imposición de sanciones que en su forma más estricta llevan a la separación del empleo que se viene desempeñando. En nuestro sistema, por ejemplo, la violación del régimen de incompatibilidades por parte de los congresistas ocasiona la pérdida de la investidura (artículo 183, numeral 1, de la Constitución) y, además, en cuanto sea pertinente, está sujeta a la imposición de las sanciones penales que la ley contempla.

Resulta consecuente con los indicados propósitos la norma del artículo 181 de la Constitución, a cuyo tenor las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período

constitucional respectivo y, 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.”¹⁰

Además, la Corte expresó:

“De ahí que las incompatibilidades legales tengan como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública.”¹¹

INCOMPATIBILIDADES COMUNES A TODOS LOS SERVIDORES PUBLICOS

FUNDAMENTO LEGAL

- **Constitución Política**

“Artículo 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.”

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 sólo 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”

Nota. Incisos 2 y 3 modificados por el **Acto Legislativo 02 de 2004 art 1**

Artículo 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.

¹⁰ Sentencia No. C-349 de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-426 de 1996. Magistrado Ponente, Doctor Hernando Herrera Vergara

Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

Artículo 129. Los servidores públicos no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, ni celebrar contratos con ellos, sin previa autorización del Gobierno”

- **Ley 734 de 2002 de 1995**

“Artículo 39. OTRAS INCOMPATIBILIDADES. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período:

a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;

b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia.”

“Artículo 41. EXTENSIÓN DE LAS INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS. Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal.”

- **Ley 4 de 1992**

“Artículo 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. **Exceptúense las siguientes asignaciones:**

a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;

b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

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

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

- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

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

- **La Procuraduría General de la Nación en la Directiva Unificada No. 003 de Enero 27 de 2006**, mediante la cual se imparten instrucciones a los servidores públicos en relación con las jornadas electorales del año 2006, correspondientes a Congreso de la República, Presidente y Vicepresidente de la República, señaló:

“1. INTERVENCIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS EN POLÍTICA

1.1. *A los servidores públicos 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 políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio (artículo 127 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2004).*

1.2. *Mientras el legislador no expida la ley estatutaria que establezca las condiciones en que se permitirá la participación en política de los servidores públicos distintos a los enunciados anteriormente, ningún servidor público podrá tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. **En consecuencia, ningún servidor público podrá intervenir en política** (artículo 127 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2004. Inexequibilidad del artículo 37 de la Ley 996 de 2005)”.*

JURISPRUDENCIA

- ✓ **La Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 1993, Abril 1º, Magistrado Ponente, Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, señaló:**

“Si bien es cierto que en el artículo 128 C.P. se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que ésta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales; basta ver que en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir más de una asignación que provenga del erario público. El término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc...”

- ✓ **La Corte Constitucional mediante Sentencia C-206 de 2003**, Magistrado Doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, respecto a la aplicación de la Ley 269 de 1996, expresó:

“(…) 7- La ley 269 de 1996 se basa en la necesidad de garantizar el servicio de salud de manera permanente. Por eso fue permitido por el Congreso que el personal asistencial tuviera la posibilidad excepcional de desempeñar más de un empleo público. El legislador

consideró entonces necesario dar un tratamiento distinto al personal que presta servicios asistenciales cuando amplió la jornada laboral para personas con doble empleo, pero la mantuvo dentro de un límite. De lo contrario, si no se permitiera la ampliación de las horas de trabajo, la norma carecería de sentido y no cumpliría la finalidad propuesta en cuanto a la ampliación de cobertura y la prestación del servicio de manera ininterrumpida. Sólo permitir el doble empleo no sería suficiente para ampliar la jornada laboral y así responder a las necesidades de cobertura.

Esta disposición flexibiliza entonces las condiciones laborales del personal asistencial que presta servicios de salud en las entidades de derecho público, al permitir más de una vinculación con el sector oficial, mientras no exista cruce de horarios, a fin de garantizar el acceso permanente al servicio público de salud. Así fue expresado en los antecedentes legislativos de la Ley 269 de 1996. En la Gaceta del Congreso No. 170 del jueves 6 de octubre de 1994 que contiene la exposición de motivos del proyecto que culminó con esta ley, el ministro que presentó el proyecto afirmó la necesidad de esta normativa, en los siguientes términos:

"Las entidades hospitalarias han organizado la vinculación del personal para el cubrimiento del servicio mediante el sistema de turnos o tiempos parciales, inclusive hora mes, lo que conlleva las varias vinculaciones laborales a diferentes instituciones o a las mismas, ya sea por contrato de prestación de servicios, ya sea por nombramiento. Era necesario autorizar que recibieran honorarios provenientes del tesoro público, si las actividades son realizadas en horarios distintos a los previstos para el desempeño de los empleos en entidades estatales.

*En tal contexto, **el legislador impuso un límite de horas a fin de proteger a los empleados del sector salud para que su doble vinculación no significara una jornada laboral que pudiese arriesgar su salud o la de los pacientes.** Siendo claro el ámbito de regulación que el título plantea, el texto no ofrece dudas sobre el alcance de las normas que contiene la ley y los trabajadores a los que se aplican sus regulaciones, incluyendo obviamente el inciso acusado."*

Concepto DAFP

¿Puede un profesional de la salud empleado de una entidad Estado, tener otra vinculación laboral o contractual en otras instituciones o en la misma Empresa? RAD. 1630/2007 (Radicación. EE1638 de 02-Mar-07)

“...el empleado que tiene una relación laboral en el área de la salud con una entidad del Estado, podrá percibir otra asignación del erario público siempre que la misma provenga de las excepciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 , como es el caso de los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud, u honorarios percibidos por los docentes que presten el servicio a una Universidad o Institución de Educación Superior del Estado, mediante el sistema de hora cátedra.

En este orden de ideas, en concepto de esta Dirección se considera que no hay impedimento legal para que un profesional de la salud (Medico, odontólogo, bacteriólogo, ginecólogo, enfermero, etc.) que presta sus servicios a una Entidad del Estado, se vincule con otra institución, siempre y cuando se den los requisitos exigidos por la Ley; además, que no haya cruce de horario, en caso contrario se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, propias del cargo.”

Concepto DAFP

Puede un empleado público del Estado ejercer la docencia simultáneamente con su cargo en otra institución pública (institución Universitaria) ?RAD. 10182/2006 (Radicación. EE6810 de 10-Ago-06)

“...la persona que tiene una relación laboral con una entidad del Estado, podrá percibir otra asignación del erario público siempre que la misma provenga de las excepciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, como es el caso de los honorarios percibidos por los docentes que presten el servicio a una Universidad o Institución de Educación del Estado, mediante el sistema de hora cátedra.

Si bien la ley permite a un empleado público percibir simultáneamente honorarios por hora cátedra con el salario correspondiente a su empleo, ... ésta tendrá que realizarse en horas no laborables, en caso contrario se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, propias del cargo.

*Los horarios de labores adicionales a la jornada, como lo expresa el párrafo de la citada Ley, no podrán ser superiores al equivalente a ocho (8) horas de trabajo, que es el límite establecido a este servicio por día, **ni podrá tampoco haber cruce de horario.***

En el evento de que el horario de la hora cátedra sea coincidente con la jornada laboral, ... el funcionario deberá solicitar el permiso correspondiente el cual se podrá conceder a juicio de la Administración, teniendo en cuenta las necesidades o requerimientos del servicio, observándose la compensación del tiempo respectivo.

INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONGRESISTAS

FUNDAMENTO LEGAL

- **Constitución Política.**

“Artículo 180. Los congresistas no podrán:

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. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.*
3. *<Numeral modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993> Ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades oficiales 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. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones.

PARAGRAFO 1o. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.

PARAGRAFO 2o. El funcionario que en contravención del presente artículo, nombre a un Congresista para un empleo o cargo o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, incurrirá en causal de mala conducta.”

“**Artículo 181.** 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.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo, quedará sometido al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de su posesión.”

“**Artículo 261.** Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993. “(…)”

PARAGRAFO 1o. Las inhabilidades e **incompatibilidades** previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia.”

- **Ley 5 de 1992**

“**Artículo 281.** CONCEPTO DE INCOMPATIBILIDAD. Las incompatibilidades son todos los actos que no pueden realizar o ejecutar los Congresistas durante el período de ejercicio de la función.

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 si 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.

Artículo 283. EXCEPCIÓN A LAS INCOMPATIBILIDADES. Las incompatibilidades constitucionales no obstan para que los Congresistas puedan directamente o por medio de apoderado:

1. Ejercer la cátedra universitaria.
2. Cumplir las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales, conforme a la ley y en igualdad de condiciones, tengan interés, o su cónyuge, o compañero o compañera permanente, o sus padres, o sus hijos. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis)
3. Formular reclamos por el cobro de impuestos fiscales o parafiscales, contribuciones, valorizaciones, tasas o multas que graven a las mismas personas. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis)
4. Usar los bienes y servicios que el Estado ofrezca en condiciones comunes a los que le soliciten tales bienes y servicios.
5. Dirigir peticiones a los funcionarios de la Rama Ejecutiva para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis)
6. Adelantar acciones ante el Gobierno en orden a satisfacer las necesidades de los habitantes de sus circunscripciones electorales. (declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-497-94 del 3 de noviembre de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo)
7. Declarado INEXEQUIBLE exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-497-94 del 3 de noviembre de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo
8. Intervenir, gestionar o convenir en todo tiempo, ante los organismos del Estado en la obtención de cualquier tipo de servicios y ayudas en materia de salud, educación, vivienda y obras públicas para beneficio de la comunidad colombiana. (Numeral declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-497-94 del 3 de noviembre de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo)
9. Participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de acuerdo con la ley. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis)

10. Siendo profesional de la salud, prestar ese servicio cuando se cumpla en forma gratuita. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis)

11. Participar en actividades científicas, artísticas, culturales, educativas y deportivas. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis)

12. Pertenecer a organizaciones cívicas y comunitarias. (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis)

13. Las demás que establezca la ley.” (Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-985-99 del 9 de diciembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis)

Artículo 284. VIGENCIA DE LAS INCOMPATIBILIDADES. Las incompatibilidades 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.”

JURISPRUDENCIA

- ✓ **La Corte Constitucional Sentencia C-985 de 1999, respecto a las incompatibilidades de los congresistas, señaló**

“CONGRESISTA-Excepción al régimen de incompatibilidades

En el caso de los numerales materia de revisión, la Corte no encuentra que las excepciones allí previstas desconozcan la norma constitucional en cita, por cuanto las mismas, en los casos de los numerales 2 y 3, aluden a situaciones que afectan al congresista como persona o a sus parientes, que requieren de su intervención directa o a través de apoderado para la defensa y protección de sus derechos e intereses personales o familiares. En concreto, estas disposiciones buscan garantizar un debido proceso judicial y administrativo, según el caso, y el derecho a la defensa, mediante la autorización, apenas natural, de cumplir diligencias judiciales y administrativas, de conformidad con la ley, y de formular, en ejercicio del derecho de petición, reclamos por el cobro de tributos. Los numerales acusados constituyen desarrollo de las atribuciones conferidas por la Carta Política al legislador, para establecer excepciones al régimen de incompatibilidades del congresista. Pero además, porque las mismas, o bien tienen relación directa con las prohibiciones contenidas en el numeral 2º del artículo 180 de la Constitución, o constituyen desarrollo de normas constitucionales que reconocen derechos en cabeza de las personas, que no pueden generar como consecuencia para el congresista, incompatibilidades en el ejercicio de su investidura.”

- ✓ **El Consejo de Estado mediante concepto Radicación No. 1.791 de 30 de noviembre de 2006, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, respecto a las incompatibilidades de los congresistas, señaló:**

“Tratándose de congresistas en ejercicio de sus funciones, entendiéndose por tales a quienes fueron elegidos o han sido llamados como miembros del Congreso, el artículo 180 de la Constitución Política enumera las actividades que no pueden realizar, que en la ley 58 de 1992², artículos 281 y 282, se definen como incompatibilidades. Dicen las normas en cita:

Constitución Política,

"Artículo 180. - Los congresistas no podrán:

- 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. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.*
- 3. Ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel de instituciones que administren tributos.³*
- 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. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones.*

Parágrafo 1. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.

Parágrafo 2. El funcionario que en contravención del presente artículo, nombre a un Congresista para un empleo o cargo o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, incurrirá en causal de mala conducta."

Ley 5ª de 1992:

"Artículo 281: Concepto de incompatibilidad. Las incompatibilidades son todos los actos que no pueden realizar o ejecutar los Congresistas durante el periodo de ejercicio de la función. "

"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 si 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 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."*

“Respecto de la causal en comento son dos los elementos que, en criterio de la Sala, deben ser considerados: el de empleo público y el de su desempeño.

a) El concepto de empleo público:

Actualmente el artículo 19 la ley 909 del 2004 se refiere al empleo público como "el núcleo básico de la estructura de la función pública" y lo define como "el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado."⁵

La jurisprudencia constitucional tiene identificados como elementos esenciales del empleo público: "(i) la clasificación y la nomenclatura; (ii) las funciones asignadas; (iii) los requisitos exigidos para desempeñarlo; (iv) la autoridad con que se inviste al titular del mismo para cumplir las funciones del cargo; (v) la remuneración correspondiente; y (vi) su incorporación en una planta de personal.

b) El significado y alcance del verbo desempeñar:

En su tenor literal las disposiciones contenidas en el numeral 1 de los artículos 180 constitucional y 282 de la ley 53 de 1992, son claras, de manera que es suficiente acudir al significado gramatical del verbo rector de la conducta prohibida: "desempeñar", del cual trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española varias acepciones, entre ellas: Cumplir las obligaciones inherentes a una profesión, cargo u oficio; ejercerlos, o Actuar, trabajar, dedicarse a una actividad.

Es pertinente agregar que la primera acepción del verbo ejercer, es Practicar los actos propios de un oficio, facultad o profesión, y que sobre el verbo cumplir, dice la obra en cita que referido a una persona es hacer aquello que debe o a lo que está obligado. Vale decir que en el sentido lato de las palabras, desempeñar el cargo o empleo es actuar ejerciendo las funciones que a este corresponden.

Desde el punto de vista jurídico, la Constitución colombiana exige para el ejercicio de un cargo público, tomar posesión del mismo, acto que incorpora el juramento de "desempeñar los deberes que le incumben".

En esa perspectiva, la incompatibilidad que la Constitución y la ley consagran en las normas antes transcritas respecto de los Congresistas, sólo se concreta si, encontrándose en ejercicio de su investidura, ejercen las funciones de un empleo, que, si es público, configura la incompatibilidad desde el acto mismo de la posesión.

Tal ha sido la interpretación tradicionalmente acogida por la jurisprudencia, cuando por vía contenciosa o en sede de tutela ha revisado la causal y su aplicación práctica en los casos de pérdida de investidura; sin perjuicio de considerar por lo menos cuatro sentidos de la noción de "desempeñar" en el numeral 1 del artículo 180 constitucional, pero se reitera, privilegiando el que atañe a las acciones u omisiones propias del ejercicio de un empleo.

A lo anterior se agrega que la jurisprudencia contencioso administrativa ha sido igualmente constante en el sentido de diferenciar los conceptos de empleo y cargo, según se trate de un vínculo laboral, legal o contractual, o se trate de una dignidad o encargo, caso este último que puede ubicarse dentro de la causal analizada si su cumplimiento implica "una afectación a la labor que debe cumplir el congresista o un conflicto de intereses...", pues, atendidos sus antecedentes en la Asamblea Constituyente, "lo que prohíbe el numeral 1 del Art. 180 de la

Constitución es el desempeño, la dinámica que comporta el ejercicio de un cargo o empleo; es la gestión, el desarrollo de unas funciones que estorben el cumplimiento de las tareas legislativas y de las demás atribuciones que corresponden a un ciudadano elegido para integrar el Congreso de la República, o que se utilice para ejercer tráfico de influencias...

Con relación al desempeño del cargo también debe tenerse presente el período durante el cual aplica la incompatibilidad, que al tenor de la Carta Política, artículo 181, será el del ejercicio del cargo, y en caso de renuncia, se mantendrá por el año siguiente al de la aceptación de ésta.

De manera que a la luz de su régimen vigente de incompatibilidades, el congresista que aspire a desempeñar un cargo o empleo público o privado debe renunciar a su investidura, para que transcurrido un año desde la fecha en que dicha renuncia le sea aceptada, pueda entrar a ejercer el cargo o empleo, esto es, a desempeñarlo.

*Ahora bien, tratándose de cargos públicos, entra en juego la circunstancia de que algunos de ellos tienen establecido por el ordenamiento constitucional o legal, un período institucional y una fecha de inicio del mismo. En este caso, la exigencia normativa que inhibe la causal de **incompatibilidad** atañe a que la renuncia de la investidura debe quedar debidamente aceptada un año antes, por lo menos, de la fecha en que deberá tomarse posesión del empleo público, precisamente porque la posesión es determinante del desempeño.*

“(..)”

“Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

1. Las inhabilidades de que trata el artículo 30 de la ley 617 del 2000, están referidas a las personas que, teniendo o no la calidad de congresistas, aspiran a inscribirse y a ser elegidos o designados para ejercer el cargo de gobernadores de departamentos. A los congresistas, por el sólo hecho de serlo, no se les aplica el numeral 3º del artículo 30 de la ley en cita, puesto que ellos, jurídicamente son miembros de corporación pública de elección popular y no empleados públicos, de conformidad con la clasificación constitucional del concepto de "servidores públicos".

2. Dado que para los congresistas está consagrado, como incompatibilidad, el desempeño de un empleo público, la aspiración al cargo de gobernador, entendida como la inscripción para participar en los respectivos comicios electorales, no exige renuncia de su investidura.

3. Sí; el congresista que aspire a presentarse a las elecciones de gobernador, deberá renunciar a su investidura y esta renuncia deberá quedar debidamente aceptada en una fecha que anteceda, por lo menos un año, al 1º de enero del 2008, pues ese día inicia el período institucional de los gobernadores.”

Respecto al tema de las incompatibilidades de los Congresistas la Honorable Corte Constitucional en Sentencia N° C-134 DE 1999 M.P: ALFEDO BELTRAN SIERRA estableció:

En el caso concreto de los congresistas, las incompatibilidades constituyen una pieza fundamental dentro del ordenamiento de la Rama Legislativa, pues a través de ellas, se establece con precisión la diferencia existente, entre el interés público, al cual sirve el congresista, y su interés privado o personal. Por ello, el Constituyente de 1991, en su sabiduría, consagró la prohibición contenida en el artículo 180-1. Es claro e indudable, que tanto la Constitución como la ley, resultan severas y terminantes en cuanto a las incompatibilidades, especialmente en lo relacionado con el desempeño simultáneo de dos o más cargos públicos, incompatibilidad que es rigurosa respecto de los Congresistas. Ha de concluirse, que el señalamiento razonable de las incompatibilidades, constituye pieza fundamental para el logro de los fines del Estado; y, en ese orden de ideas, la función de Secretario ad hoc de las Cámaras Legislativas, no tiene otra finalidad, que la de contribuir al apropiado y oportuno funcionamiento del órgano legislativo, lo que descarta, por completo, la inexecutable de las normas demandadas, pues no se quebranta con ellas ninguno de los preceptos de la Carta.

Por otra parte en el año 2000 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado N° 1290 C.P.: Flavio Augusto Rodríguez Arce se pronunció sobre el tema de la Incompatibilidades de los Congresistas y dijo:

“Es principio general que las inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas tienen vigencia durante el período constitucional respectivo (art. 181 de la C. P.), pero su régimen y efectos están expresamente regulados, de manera independiente, para el caso de la falta absoluta por renuncia y de las vacancias temporales, como ya se insinuó. Es así, como las incompatibilidades del titular que renuncia se mantienen "durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior", disposición sólo aplicable a los que ejercen el cargo de congresista en propiedad - "quien fuere llamado a ocupar el cargo" por vacancia absoluta - y, por tanto, sólo quien se encuentre en tal situación - como titular permanente de la investidura -, "quedará sometido al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de su posesión". Teleológicamente la disposición se explica en cuanto quien asume de manera permanente el lugar del elegido, se convierte para todos los efectos en titular del cargo de congresista y, por consiguiente, le es aplicable necesariamente el régimen de prohibiciones propio de éste durante el resto del período constitucional; a quien renuncia, el Constituyente lo mantiene durante el año siguiente a la aceptación. No ocurre lo mismo con quien de manera adventicia entra a ocupar el cargo en reemplazo del titular por sus faltas temporales, pues a partir del Acto Legislativo No 3 de 1993, las incompatibilidades para estos efectos se extienden a quienes asumen las funciones de congresista únicamente "durante el tiempo de su asistencia".

(...)

El ciudadano que asumió las funciones de congresista de manera temporal entre el 1º de octubre y el 31 de diciembre de 1999, y que aspira a ser elegido alcalde municipal, por ese hecho no está incurso en las causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas en los artículos 179, numeral 8º y 180, numeral 1º de la Constitución Nacional y numeral 4º del artículo 95 de la ley 136 de 1994.”

INCOMPATIBILIDADES DEL ALCALDE DEL DISTRITO CAPITAL

FUNDAMENTO LEGAL

- Decreto 1421 de 1993

“Artículo 37. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Al alcalde mayor se le aplicará el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido por la Constitución y las leyes para el Presidente de la República.”

- Ley 617 de 2000.

“Artículo 39. Duración de las incompatibilidades del alcalde municipal distrital. Las incompatibilidades de los alcaldes municipales y distritales a que se refieren los numerales 1 y 4, tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.

El mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades regirá para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, D.C.”

*“Artículo 60. INHABILIDADES, **INCOMPATIBILIDADES** Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, EL CONTRALOR Y EL PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTA DISTRITO CAPITAL. Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe Bogotá Distrito Capital.” (Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001)*

CONCEPTOS

- ✓ **El Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil**, de abril 26 de 2001, Consejero Ponente Doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce en consulta radicada con el No 1347 del 26 de abril de 2001, respecto a las incompatibilidades del Alcalde, señaló:

*“No sobra recordar que está prohibido: a los gobernadores y **alcaldes** “desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado (arts. 32.6 y 38.6); a los diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales “ser miembros de juntas o consejos directivos del sector central (sic) o descentralizado de cualquier nivel (sic) del respectivo departamento, o de instituciones que administren tributos, tasas o contribuciones procedentes del mismo” – los dos últimos conceptos se refieren a los diputados, y “ser representante legal, miembro de juntas o consejos directivos, auditor o revisor fiscal, empleado o contratista de empresas que presten servicios públicos*

domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento - municipio o distrito -” (arts. 34.3 y 5 ley 617/00, 45.3 y 126.3 ley 136/94, 41 y 44 ley 617/00). Esto significa que la materia del inciso primero, en cuanto a estos servidores, está expresamente reglamentada.

7. Los restantes incisos del proyecto propuesto por el gobierno coinciden con los finalmente aprobados y que aparecen en el artículo 49, salvo al tercero al cual se agregó la prohibición de ser “contratistas de ninguna de las entidades mencionadas en este inciso directa o indirectamente”. El texto final aprobado eliminó el parágrafo 1° del proyecto, referente a la nulidad de los nombramientos o designaciones hechos en contravención de lo dispuesto en el artículo propuesto.

8. Los gobernadores y alcaldes tampoco ven afectada su participación en los consejos seccionales o locales de los establecimientos públicos a que se refiere el artículo 75 de la ley 489 de 1998, por tratarse de órganos directivos diferentes a los entes descentralizados del orden departamental.

9. Debe precisarse que las normas relativas a la integración y funcionamiento de las juntas directivas de las entidades descentralizadas no han sido derogadas expresamente - decreto ley 1222 de 1986 y ley 489 de 1998, en lo que toca con las juntas locales de entidades nacionales; tampoco de manera tácita pues, tratándose de normas especiales dictadas para los efectos señalados, su vigencia no podría ser afectada por las normas generales de la ley 617 de 2000, cuya materia, por lo demás, resulta ajena a la composición de los órganos de dirección mencionados.

10. Tales las razones por las cuales, además de no contener el inciso primero del artículo 49 un precepto vinculante dada su absoluta incoherencia, de tenerlo no resultaría viable interpretarlo en un sentido que diera al traste con la indispensable participación del gobernador - presidiéndolas - en las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas - establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales -, pues se desconocería, de manera grave, la autonomía y las atribuciones constitucionales de las entidades territoriales. Por tanto, a juicio de la Sala, el artículo 279 del decreto 1222 de 1986 se reputa vigente.”

Por otra parte el H. Consejo de Estado emitió el concepto N° 60 de fecha 8 de agosto de 2001, suscrito por la Dra. Blanca Elisa Acosta Suárez relacionado con la aplicación del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 frente a la vigencia de los artículos 7 y 8 del Decreto 1876 de 1994 y la participación del Alcalde Mayor a través de sus delegados en las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado. En el cual se dijo:

“(…) En ese orden de ideas, la Ley 617 de 2000, por la cual se dictan normas tendientes a fortalecer la descentralización y la racionalización del gasto público Nacional contiene un capítulo titulado “Régimen para Santafé de Bogotá Distrito Capital”, en el cual el legislador reguló lo relacionado con el tema para esta ciudad, dada su connotación especial otorgado por la norma suprema.

Lo anterior significa que respecto del Distrito Capital, la Ley 617 de 2000 ocupa dos de las categorías jerárquicas relacionadas anteriormente, por una parte, es de carácter especial frente a lo establecido en su capítulo VI y, es de orden general sobre las demás disposiciones contenidas.

(...)

Ahora bien, desde la óptica expuesta y frente al asunto que nos ocupa, consideramos que el artículo 49 de la Ley 617 de 2000 no se aplica para el Distrito Capital por dos razones fundamentales, la primera, porque la disposición mencionada no se encuentra dentro del capítulo VI que contiene lo atinente a esta jurisdicción territorial y, la segunda, porque pese a encontrarse dentro del capítulo V, su contenido no tiene que ver con prohibiciones en materia de inhabilidades e incompatibilidades para cargos de elección popular.

Además de lo anterior, los artículos 31 y 41 del Decreto Ley 1421 de 1993, reglamentan las prohibiciones relacionadas con el nombramiento de familiares de concejales y demás funcionarios públicos, es decir, que existe una disposición superior que regula el tema, razón por la cual, no es necesario recurrir al contenido del artículo 49 como norma de carácter general frente al Distrito Capital.

Por otra parte, existen dos elementos adicionales que nos indican que la disposición mencionada no sería aplicable en el Distrito Capital, el primero, relativo al título del artículo 49, el cual no tiene ninguna relación con el contenido de la norma, toda vez, que se refiere a una prohibición para los familiares de algunos funcionarios y no a los funcionarios mismos, manifestación que pretende garantizar el principio de moralidad, lo que se constituye en el segundo elemento, es decir, debe entenderse que la intención de la norma es amparar la protección de este principio y ante esta circunstancia, no vemos como la presencia del Alcalde Mayor en la juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado pueda vulnerar esa intención, por el contrario, consideramos que su participación es la regla general que busca equilibrio y coherencia entre las políticas del sector central y las entidades descentralizadas de una entidad territorial.

Así las cosas, consideramos que el Alcalde Mayor continua facultado para participar a través de sus delegados en las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado.”

INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONCEJALES DEL DISTRITO CAPITAL

FUNDAMENTO LEGAL

- **Constitución Política**

“Artículo 261. Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993. “(…)”

*PARAGRAFO 1o. Las inhabilidades e **incompatibilidades** previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia.”*

- **Decreto 1421 de 1993**

“Artículo 29”. INCOMPATIBILIDADES. Sin perjuicio de las actuaciones correspondientes a las funciones propias del cargo y del ejercicio del derecho de petición, está prohibido a los Concejales:

1. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades distritales o ser apoderados de las mismas o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, y
2. Ser apoderados o defensores en los procesos en que sean parte el Distrito, sus entidades descentralizadas o cualesquiera otras personas jurídicas en las que aquél o éstas tengan participación.

Para todos los efectos, las incompatibilidades de los concejales tendrán vigencia desde el momento de su elección hasta el vencimiento del período respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación; si el lapso que faltare para la terminación del período fuere superior. Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.

La infracción de lo dispuesto en este artículo constituye causal de mala conducta.

Artículo 30. EXCEPCIONES. Directamente o por medio de apoderado, los concejales podrán actuar:

1. En las diligencias o gestiones administrativas y judiciales en las cuales, conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, compañera o compañero permanente, sus padres, sus hijos, tengan interés.
2. En los reclamos que presenten por el cobro de tributos, contribuciones, impuestos, sobretasas, tarifas y multas que graven a las mismas personas, y
3. En la celebración de aquellos contratos que las entidades distritales ofrezcan al público bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten. También podrán utilizar en las mismas condiciones los bienes y servicios distritales.

Artículo 31. PROHIBICION DE NOMBRAR FAMILIARES. No podrán ser designados funcionarios de las entidades del distrito, los cónyuges, compañeros o compañeras permanentes de los concejales, ni sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, salvo en los cargos de Carrera Administrativa que se provean por concurso.”

- **Ley 617 de 2000.**

“Artículo 39. “(…)”

El mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades regirá para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, D.C.”

“Artículo 60. INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, EL CONTRALOR Y EL PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTA DISTRITO CAPITAL. Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe Bogotá Distrito Capital. “(Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001)

JURISPRUDENCIA

- ✓ **El Consejo de Estado en sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo** Radicación número: 25000-23-15-000-2008<00376>01 del veintitrés (23) de octubre de dos mil ocho (2008), Consejero Ponente Dr. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO respecto a las incompatibilidades de concejales del distrito capital señaló:

DESCRIPTOR-Restrictor: CONCEJAL DE BOGOTA-aplicación de la Ley 617 de 2000 sobre régimen de inhabilidades por derogación del artículo 28 del Decreto 1421 de 1993/REGIMEN DE INHABILIDADES DE CONCEJAL DEL DISTRITO CAPITAL-derogación t cita del artículo 28 del Decreto 1421 de 1993 por la Ley 617 de 2000/DEROGATORIA TACITA-Régimen de inhabilidades de concejal del Distrito Capital/INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES-Rigen para el Distrito Capital las del artículo 40 de la Ley 617 de 2000

TESIS: De lo que ha quedado reseñado advierte la Sala que la sentencia (C-950 de 2001) hizo referencia que el proyecto originalmente presentado preveía la derogatoria, entre otros, del artículo 28 del Decreto 1421 de 1993; y que en la ponencia para segundo debate se suprimió dicha derogatoria porque según los ponentes el carácter especial de Bogotá requiere mantener las inhabilidades e incompatibilidades previstas en ese régimen. Empero ello no significa ni que la Corte esta, imponiendo su vigencia, ni que la voluntad del legislador fuera la de mantener tal vigencia, pues lo cierto es que el artículo 60 de la Ley 617 claramente señala que las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones allí previstas RIGEN PARA EL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ. Y rige con la lógica interpretar que además de las inhabilidades consagradas en el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 también se aplican las del artículo 28 del Decreto 1421 de 1993, pues aquella norma describe prácticamente las mismas conductas a que se refiere ,este, con algunas modificaciones, como se ver m s adelante, razón por la cual debe entenderse que la norma aplicable es la del artículo 40 de la Ley 617, por expreso mandato del artículo 60, ibídem; y concretamente, en lo que atañe a la conducta prevista en el numeral 5 del artículo 28 del Decreto 1421 de 1993, que es la que constituye materia de la controversia, al haber sido consagrada en el artículo 40 de la Ley 617, con modificación, la conclusión es la de que operé su derogatoria t cita para abrir paso a la nueva regulación. En efecto, el artículo 40 de la Ley 617, que modificó el artículo 43, numeral 1, de la Ley 136 de 1994, también prevé, como inhabilidad la exclusión del ejercicio de una profesión y la interdicción de funciones públicas. Es decir, que las faltas a la ética profesional o a los deberes de un cargo público, a que aludía el numeral 5 del artículo 28 se entienden derogadas si por si solas no conllevan la sanción de interdicción de funciones públicas.

INCOMPATIBILIDADES DE LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES DEL DISTRITO CAPITAL

FUNDAMENTO LEGAL

- **Constitución Política**

“**Artículo 261.** Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993. “(…)”

PARAGRAFO 1o. Las inhabilidades e **incompatibilidades** previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia.”

- **Decreto 1421 de 1993**

“**Artículo 68. INCOMPATIBILIDADES.** Sin perjuicio de que cumplan las actuaciones propias del cargo y del ejercicio del derecho de petición, los ediles no podrán gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos de cualquier clase ante las entidades públicas distritales ni ante las personas que administren tributos; ni ser apoderados ante las mismas entidades o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno.

Se exceptúan de estas prohibiciones las gestiones y los contratos relacionados con los bienes y servicios que el Distrito ofrece en igualdad de condiciones a todos los que lo soliciten.”

- **Ley 617 de 2000.**

“**Artículo 60. INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, EL CONTRALOR Y EL PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTA DISTRITO CAPITAL.** Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe Bogotá Distrito Capital.” (Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001)

JURISPRUDENCIA

- ✓ Con relación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de las Juntas Administradoras Locales del Distrito Capital, **el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo.** Sección Primera, en sentencia del 3 de marzo de 2005, Expediente núm. 25000-23-15-000-2004-01299-01. CONSEJERO PONENTE: DOCTOR GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, expresó lo siguiente:

“La conducta que se le endilga al demandado, de haber celebrado contrato con el INPEC, a través de una sociedad de la cual era miembro de Junta Directiva, dentro de los tres meses anteriores a la inscripción como miembro de la Junta Administradora Local de la Localidad de Puente Aranda, ejecutado en dicha localidad, constituye una inhabilidad, conforme al texto del artículo 66 del Decreto 1421 de 1993, que a la letra dice:

“No podrán ser elegidos ediles quienes:

...4°.- Dentro de los tres (3) meses anteriores a la inscripción de la candidatura hayan sido miembros de una junta directiva distrital; hayan intervenido en la gestión de negocios o en la celebración de contratos con el Distrito; o hayan ejecutado en la localidad contrato celebrado con organismo público de cualquier nivel. ..”.

En este caso, cabe resaltar que en lo concerniente a la pérdida de la investidura de los Ediles del Distrito Capital de la República el Decreto 1421 de 1993 que desarrolla el artículo 322 de la Constitución Política, aun cuando previo en su artículo 66 las causales de inhabilidad de los miembros de las Juntas Administradoras Locales y, en el artículo 68, las incompatibilidades a que se sujetan estos servidores públicos, en realidad, no incorpora ninguna referencia específica con respecto a si se pierde o no la investidura por incurrir en alguno de los supuestos que dichas normas establecen o por cualquiera otra conducta que allí se defina. De manera que» al no existir una regulación especial relacionada con la pérdida de la investidura de los Ediles del Distrito Capital, subsidiariamente, por expreso mandato de la misma norma constitucional que contempla su régimen especial, aspecto que también recoge el artículo 2° del Decreto 1421 de 1993, deben aplicarse las normas constitucionales y legales referidas a los Municipios, particularmente, para este asunto, la Ley 136 de 1994, que sí consagra expresamente como causal de pérdida de investidura la violación al régimen de inhabilidades (artículo 55, numeral 2).

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 3 de marzo de 2005.”

INCOMPATIBILIDADES DEL PERSONERO DEL DISTRITO CAPITAL

FUNDAMENTO LEGAL

- **Ley 1031 de 2006.**

“Artículo 2. “(...)”

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de personero no podrá desempeñar empleo alguno en el Distrito Capital, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones.”

- **LEY 617 DE 2000.**

“Artículo 51. *Extensión de las incompatibilidades de los contralores y **personeros**. Las incompatibilidades de los contralores departamentales, distritales y municipales y de los **personeros distritales** y municipales tendrán vigencia durante el período para el cual fueron elegidos y hasta doce (12) meses posteriores al vencimiento del período respectivo o la aceptación de la renuncia.”*

“Artículo 60. *INHABILIDADES, **INCOMPATIBILIDADES** Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, EL CONTRALOR Y **EL PERSONERO***

DE SANTA FE DE BOGOTA DISTRITO CAPITAL. Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe Bogotá Distrito Capital.” (Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001)

- **Decreto 1421 de 1993**

“Artículo 103. PROHIBICIONES. No se podrán nombrar en ningún cargo de la personería a los Concejales que hubieren intervenido en la elección del personero, ni al compañero o compañera permanente de los mismos, ni a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segunda de afinidad o primero civil. La infracción de lo dispuesto en el presente artículo constituye causal de mala conducta.”

JURISPRUDENCIA

- ✓ La Corte Constitucional en Sentencia C-200 de 2001, **respecto a las incompatibilidades del personero señaló:**

“Así las cosas, la Corte deberá determinar si la situación fáctica que origina el trato jurídico igual es susceptible de comparación. Dicho de otra forma, debe analizarse si, para efectos de la regulación de incompatibilidades, el acceso a los cargos de alcalde y personero son asuntos diferentes que exigen un trato disímil.

(...)

Así las cosas, es válido constitucionalmente que el Legislador equipare las causales de incompatibilidad para acceder a los cargos de alcalde y personero municipal si se tiene en consideración la finalidad propuesta con las restricciones para acceder y permanecer en la función pública. De hecho, la propia Constitución señala idénticos requisitos y condiciones para el desempeño de empleos estatales que pertenecen a diferentes órganos y ramas del poder público. Entre muchos ejemplos, el artículo 280 de la Carta determina que "los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categorías... de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo" y, el artículo 266 superior dispone que el Registrador Nacional del Estado Civil deberá reunir las mismas calidades que se exige para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, el artículo 13 de la Constitución no impide que el Legislador regule iguales causales de incompatibilidad para los personeros y alcaldes, pese a que desempeñan funciones diferentes.

(...)

Pues bien, esta Corporación encuentra que la remisión de las incompatibilidades acusada tiene un objetivo constitucionalmente válido que se concreta en la búsqueda de la transparencia y moralidad de las actuaciones del Ministerio Público. También, es una garantía de imparcialidad e independencia inescindible a los órganos de control. Así mismo, estas incompatibilidades constituyen un instrumento necesario e idóneo para el logro de la finalidad que persigue la restricción, puesto que el ejercicio del Ministerio Público requiere de funcionarios, al igual que las alcaldías, altamente comprometidos con

la defensa del interés público. Finalmente, la Corte no encuentra que la extensión de las causales del alcalde al personero sacrifique desproporcionadamente el derecho al acceso a la función pública de los aspirantes al ente de control, puesto que dentro de los fines primordiales del Estado se encuentran las necesidades de combatir la corrupción y la utilización de los bienes públicos para intereses individuales.”

INCOMPATIBILIDADES DEL CONTRALOR DEL DISTRITO CAPITAL

FUNDAMENTO LEGAL

- Ley 617 de 2000.

“**Artículo 51.** Extensión de las incompatibilidades de los **contralores** y personeros. Las incompatibilidades de los **contralores** departamentales, **distritales** y municipales y de los personeros distritales y municipales tendrán vigencia durante el período para el cual fueron elegidos y hasta doce (12) meses posteriores al vencimiento del período respectivo o la aceptación de la renuncia.”

“**Artículo 60.** INHABILIDADES, **INCOMPATIBILIDADES** Y PROHIBICIONES PARA EL ALCALDE MAYOR, LOS CONCEJALES, LOS EDILES, **EL CONTRALOR** Y EL PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL. Las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y distrital contenidas en el Capítulo Quinto de la presente ley, rigen para Santa Fe Bogotá Distrito Capital. “(Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-837-2001)”

- Decreto 1421 de 1993

“**Artículo 108.** PROHIBICIONES. No se podrá nombrar en ningún cargo de la Contraloría a los concejales que hubieren intervenido en la elección del contralor, ni al compañero o compañera permanente de los mismos ni a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segunda de afinidad o primero civil. La infracción de lo dispuesto en este artículo, constituye causal de mala conducta. “

INCOMPATIBILIDADES DE LOS GOBERNADORES

FUNDAMENTO LEGAL

- Ley 617 de 2000

“**Artículo 31. De las incompatibilidades de los Gobernadores.** Los Gobernadores, así como quienes sean designados en su reemplazo no podrán:

1. Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo departamento, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.

2. *Tomar parte en las actividades de los partidos o movimientos políticos, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.*
3. *Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.*
4. *Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el departamento o sus entidades descentralizadas.*
5. *Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales del respectivo departamento, o que administren tributos, tasas o contribuciones del mismo.*
6. *Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.*
7. *Inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular durante el período para el cual fue elegido.*

Artículo 32. Duración de las incompatibilidades de los gobernadores. *Las incompatibilidades de los gobernadores a que se refieren los numerales 1 y 4 tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta por doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia.*

En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.

Quien fuere designado como Gobernador, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.

Parágrafo. *Para estos efectos, la circunscripción nacional, coincide con cada una de las circunscripciones territoriales.*

Artículo 47. Excepción al régimen de incompatibilidades. *Se exceptúa del régimen de incompatibilidades establecido en el presente capítulo el ejercicio de la cátedra.”*

JURISPRUDENCIA

- ✓ **La Corte Constitucional en Sentencia C-540 de 2001**, respecto a incompatibilidades del Gobernador, expresó:

“De acuerdo con los artículos 31-7 y 32 de la Ley 617, el gobernador no podrá inscribirse durante los 24 meses siguientes al vencimiento del período o de la aceptación de la renuncia, como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular. Los cargos y corporaciones de elección popular comprenden: Presidente de la República, gobernador, alcalde, senador, representante a la Cámara, diputado o concejal.”¹²

¹² Esta incompatibilidad se extendería igualmente a los miembros de juntas administradoras locales.

Se impone entonces distinguir las distintas alternativas frente a las cuales se puede encontrar el gobernador que aspire a inscribirse como candidato a cargo o corporación de elección popular.

a) De gobernador a miembro del Congreso de la República o a Presidente de la República.

El artículo 179 de la Constitución señala las inhabilidades a las que está sujeto el candidato que quiera ser elegido Senador o Representante a la Cámara. Allí se dice que “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**”. (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, el artículo 197 de la Constitución consagra el régimen de inhabilidades para ser Presidente de la República. Entre otros empleos, señala que no podrá ser elegido Presidente de la República “el ciudadano que **un año antes de la elección** haya ejercido cualquiera de los siguientes cargos: (...) Gobernador de Departamento o Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá”. (Subrayado fuera de texto)

Desde este punto de vista, la Corte no encuentra razones que justifiquen la incompatibilidad de 24 meses para el gobernador que quiera inscribirse como candidato a Senador, Representante a la Cámara o Presidente de la República, en cuanto ya la Constitución señaló expresamente una inhabilidad de 12 meses para estos eventos.

Es importante señalar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos está previsto en la Constitución y la ley. El legislador no puede modificar los límites fijados directamente por el constituyente en cuanto existen varias razones que impiden a la ley ampliar este régimen, entre las cuales se destacan las siguientes: 1ª) La Constitución establece un sistema cerrado de inhabilidades e incompatibilidades por tratarse de restricciones al derecho fundamental de elegir y ser elegido (C.P., Art. 40); 2ª) La sujeción de la ley al principio de la supremacía de la Constitución Política, lo cual impide que el legislador consagre regulaciones que estén en contravía de la Carta o modifiquen los preceptos en ella dispuestos (C.P., art. 4º); 3ª) Los límites de los derechos fundamentales tienen que ser de interpretación restrictiva; 4ª) Cuando la propia Constitución establece un límite a un derecho fundamental y se reserva tal prerrogativa, cierra la posibilidad para que la ley, en su ámbito de competencia, pueda ser más restrictiva en esa materia.

De acuerdo con el principio de la supremacía de la Constitución, la ley no está facultada para dejar sin efecto práctico un principio constitucional. No es admisible que la Constitución consagre una inhabilidad de 12 meses para un cargo o posición determinado y que la ley amplíe injustificadamente, a través de la figura de la incompatibilidad, a 24 meses la prohibición señalada específicamente en la Constitución. Por lo tanto, el artículo 32 de la Ley 617 no podrá tener efecto alguno en las hipótesis señaladas.

b) De gobernador a diputado, concejal, gobernador o alcalde.

A diferencia de las hipótesis anteriores, la Constitución no contiene inhabilidades o incompatibilidades específicas para diputados, concejales. Gobernadores ni alcaldes. Con base en los artículos 293, 299, 303 y 312 de la Constitución Política, se otorga a la ley la determinación del respectivo régimen jurídico.

La Corte considera que en estas hipótesis la norma demandada está de acuerdo con las autorizaciones constitucionales antes referidas. No consagra medidas carentes de razonabilidad ni proporcionalidad porque en las elecciones territoriales la alternación de los períodos de los elegidos cada tres años no ofrece limitaciones injustificadas al ejercicio del derecho de participación política.¹³

De acuerdo con lo expuesto, se declarará la exequibilidad condicionada del artículo 32 de la Ley 617, en el sentido que la incompatibilidad especial de 24 meses no se aplicará al gobernador que se inscriba como candidato a Senador, Representante a la Cámara o Presidente de la República, en cuanto ya la Constitución fijó expresamente en los artículos 179-2 y 197 un término de inhabilidad de 12 meses para acceder a tales posiciones.”

Concepto DAFP

¿El Representante a la Cámara por el Departamento del Vichada puede postularse para ser elegido Gobernador del Departamento de Arauca? RAD 2104/2009 (Radicación. EE 2550 de 09/03/2009)

Dentro de las incompatibilidades señaladas por la Constitución Política para los Congresistas se encuentra la de desempeñar cargo o empleo público o privado, dicha incompatibilidad tendrá vigencia durante el periodo constitucional, en caso de renuncia se mantendrá durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para su vencimiento del periodo fuere superior, en consecuencia dado la premura de las elecciones estaría inmerso en la incompatibilidad antes señalada.

INCOMPATIBILIDADES DE LOS DIPUTADOS

FUNDAMENTO LEGAL

- **Constitución Política**

“Artículo 261. Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993. “(…)”

¹³ Ver, por ejemplo, las Sentencias –537 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-373 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz, y C-618 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

PARAGRAFO 1o. Las inhabilidades e **incompatibilidades** previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia.”

“**Artículo 261.** Artículo modificado por el artículo 10. Del Acto Legislativo No. 01 de 2009. “(…)”

“Las faltas absolutas serán suplidas por los candidatos que según el orden de inscripción, o de votación, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral, según se trate de listas cerradas o con voto preferente”.

“**Artículo 299.** <Artículo modificado por el artículo 1o. Del Acto Legislativo No. 1 de 1996. >

“(…)”

<Inciso 2o. modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 2 de 2002. > 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 tendrán la calidad de servidores públicos.”

- **Ley 617 de 2000**

“**Artículo 34. De las incompatibilidades de los diputados.** Los diputados no podrán:

1. Aceptar o desempeñar cargo como empleado oficial; ni vincularse como contratista con el respectivo departamento.
2. Intervenir en la gestión de negocios o ser apoderado ante entidades del respectivo departamento o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones de que trata el artículo siguiente.
3. Ser miembro de juntas o consejos directivos del sector central o descentralizado de cualquier nivel del respectivo departamento, o de instituciones que administren tributos, tasas o contribuciones procedentes del mismo.
4. Celebrar contratos o realizar gestiones con quienes administren, manejen, o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo departamento, o sean contratistas del mismo, o reciban donaciones de éste.
5. Ser representante legal, miembro de juntas o consejos directivos, auditor o revisor fiscal, empleado o contratista de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento.

Parágrafo. El funcionario público departamental que nombre a un diputado para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.

Artículo 35. Excepciones. Lo dispuesto en los artículos anteriores no obsta para que los diputados puedan, directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos:

1. En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos tengan interés.
2. Formular reclamos por el cobro de impuestos, contribuciones, tasas y de multas que graven a las mismas personas.
3. Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten.
4. Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la rama jurisdiccional del poder público. Sin embargo, los diputados durante su período constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo departamento, los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales del orden departamental y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital.

Artículo 36. Duración. Las incompatibilidades de los diputados tendrán vigencia durante el período constitucional para el cual fueron elegidos. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del periodo fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de diputado, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.

Artículo 47. Excepción al régimen de incompatibilidades. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades establecido en el presente capítulo el ejercicio de la cátedra.”

JURISPRUDENCIA

- ✓ **El Consejo de Estado en sentencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil** Radicación número: 73001-23-31-000-2007<00714>01 del veintiséis (26) de febrero de dos mil nueve (2009), Consejero Ponente Dr. WILLIAM ZAMBRANO CETINA respecto a las incompatibilidades de los diputados señaló:

DESCRIPTOR-Restrictor: INCOMPATIBILIDAD-Por regla general no son inhabilidades que vicien la elección

TESIS: Sea lo primero aclarar que por regla general las incompatibilidades no son inhabilidades que vician la elección. Sin embargo no sobra anotar que el actor, al formular el cargo, afirmación que se configura incompatibilidad porque el demandado se desempeñó como auditor de una empresa de seguridad social en el Departamento del Tolima desde el 14 de noviembre de 2006 hasta el 31 de mayo de 2007, y se inscribe como candidato a Diputado el 8 de agosto de 2007. (.) Esta Sala advierte, de entrada, que independientemente de que se hubiere probado o no que el demandado fue nombrado en

algún cargo con posterioridad a la fecha en que se posesión como Diputado, lo cierto es que la sustentación del cargo descalifica su prosperidad pues precisa las fechas durante las cuales el demandado se desempeñó como auditor, que son, evidentemente, anteriores a la fecha de la elección del demandado como Diputado incluso, y por tanto, sin hesitad, no configuran incompatibilidad alguna. Asimismo, el hecho de que el demandado se hubiere inscrito como candidato a Diputado 2 meses después de que se retirara como auditor médico, para el caso, es irrelevante y en modo alguno desconoce el régimen de incompatibilidades y su vigencia, como parece entenderlo el actor. NOTA DE RELATORIA: Sobre el concepto de incompatibilidad, se remite a la sentencia 1952 de 3 de septiembre de 1998. Sección Quinta.

Concepto DAFP

¿Un Diputado en ejercicio puede celebrar contrato de prestación de servicios con un municipio del mismo Departamento en el cual fue elegido? RAD. 16029/2004 (Radicación. EE12329 de 29/12/2004)

“... teniendo en cuenta lo establecido en la Constitución, la Ley y lo preceptuado por el Consejo de Estado se deduce, que los Diputados como servidores públicos, no pueden celebrar contrato de prestación de servicios con el respectivo departamento, ni con organismos del Estado entre ellos los municipios de la misma circunscripción territorial.”

Concepto DAFP

¿Un Diputado en ejercicio puede vincularse con una entidad privada en el mismo departamento? RAD. 11474/2008 (Radicación. EE8879 de 2008 25/08/2009)

“teniendo en cuenta que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Diputados se fijó mediante la Ley 617 de 2000, y de acuerdo con lo expresado por el Consejo de Estado un Diputado en ejercicio no estará inmerso en incompatibilidad al estar vinculado o formar parte de una empresa familiar de carácter privado, siempre y cuando, no realice en dicha empresa a título particular, labores de asistencia o asesoría en asuntos relacionados con funciones propias de su investidura, ni tampoco infrinja los límites señalados por la Ley “

INCOMPATIBILIDADES DE LOS ALCALDES MUNICIPALES

FUNDAMENTO LEGAL

- **Ley 617 de 2000**

“Artículo 38. Incompatibilidades de los Alcaldes. Los alcaldes, así como los que los reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán:

1. *Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo municipio, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.*
2. *Tomar parte en las actividades de los partidos sin perjuicio de ejercer el derecho al sufragio.*
3. *Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.*
4. *Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el municipio, distrito, o sus entidades descentralizadas.*
5. *Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales, o que administren tributos.*
6. *Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.*
7. *Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido.*

Parágrafo. *Lo dispuesto en el presente artículo se entiende sin perjuicio de las excepciones a las incompatibilidades de que tratan los literales a, b, c, y d. del artículo 46 de la Ley 136 de 1994.*

Artículo 39. Duración de las incompatibilidades del alcalde municipal distrital. *Las incompatibilidades de los alcaldes municipales y distritales a que se refieren los numerales 1 y 4, tendrán vigencia durante el período constitucional y hasta doce (12) meses después del vencimiento del mismo o de la aceptación de la renuncia. En el caso de la incompatibilidad a que se refiere el numeral 7 tal término será de veinticuatro (24) meses en la respectiva circunscripción.*

El mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades regirá para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, D.C.

Parágrafo. *Para estos efectos la circunscripción nacional, coincide con cada una de las circunscripciones territoriales.”*

“Artículo 47. Excepción al régimen de incompatibilidades. *Se exceptúa del régimen de incompatibilidades establecido en el presente capítulo el ejercicio de la cátedra.”*

- **Ley 136 de 1994**

“Artículo 97. OTRAS PROHIBICIONES: *Es prohibido a los alcaldes:*

- 1). *Inmiscuirse en asuntos de actos oficiales que no sean de su competencia.*

2). Decretar en favor de cualquier persona o entidad, gratificaciones, indemnizaciones o pensiones que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley, los acuerdos y las decisiones jurisdiccionales.

3). Decretar por motivos políticos, actos de proscripción o persecución contra personas o corporaciones, o decretar insubsistencias masivas. Los retiros masivos de personal solamente podrán realizarse en los casos autorizados por la ley o cuando se ordene la supresión, fusión o restauración de entidades, con arreglo a los acuerdos que lo regulen.”

JURISPRUDENCIA

- ✓ El Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de abril 26 de 2001, Consejero Ponente Doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce en consulta radicada con el No 1347 del 26 de abril de 2001, respecto a las incompatibilidades del Alcalde señaló:

“No sobra recordar que está prohibido: a los gobernadores y alcaldes “desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado (arts. 32.6 y 38.6); a los diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales “ser miembros de juntas o consejos directivos del sector central (sic) o descentralizado de cualquier nivel (sic) del respectivo departamento, o de instituciones que administren tributos, tasas o contribuciones procedentes del mismo” – los dos últimos conceptos se refieren a los diputados, y “ser representante legal, miembro de juntas o consejos directivos, auditor o revisor fiscal, empleado o contratista de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento - municipio o distrito -” (arts. 34.3 y 5 ley 617/00, 45.3 y 126.3 ley 136/94, 41 y 44 ley 617/00). Esto significa que la materia del inciso primero, en cuanto a estos servidores, está expresamente reglamentada.

Los restantes incisos del proyecto propuesto por el gobierno coinciden con los finalmente aprobados y que aparecen en el artículo 49, salvo al tercero al cual se agregó la prohibición de ser “contratistas de ninguna de las entidades mencionadas en este inciso directa o indirectamente”. El texto final aprobado eliminó el parágrafo 1° del proyecto, referente a la nulidad de los nombramientos o designaciones hechos en contravención de lo dispuesto en el artículo propuesto.

Los gobernadores y alcaldes tampoco ven afectada su participación en los consejos seccionales o locales de los establecimientos públicos a que se refiere el artículo 75 de la ley 489 de 1998, por tratarse de órganos directivos diferentes a los entes descentralizados del orden departamental.

- ✓ El Consejo de Estado en sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo Radicación número: 27001-23-31-000-1999<90588>01 del siete (07) de julio de dos mil siete (2007), Consejero Ponente Dr. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA respecto a las incompatibilidades del alcalde señaló:

DESCRIPTOR- Restrictor: INVESTIGACION DISCIPLINARIA-Debido proceso. Principio de legalidad/PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Observancia en investigación disciplinaria/INVESTIGACION DISCIPLINARIA-Valoración del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades

TESIS : Así las cosas, sea lo primero referir que por expreso mandato del artículo 29 de la Constitución Política tanto en las Actuaciones judiciales como administrativas, debe observarse el debido proceso y como presupuesto esencial del mismo, el principio de legalidad según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa. Los hechos que generaron la sanción por parte de la Procuraduría al Alcalde de Quibdó, se remontan a los meses de noviembre y diciembre de 1994, es decir, que en materia contractual las normas aplicables eran las consagradas en la Ley 80 de 1993 y en materia disciplinaria la Ley 13 de 1984, "Por la cual se establecen normas que regulan la administración del personal civil y demás servidores que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder público en lo nacional y se dictan disposiciones sobre el régimen de Carrera Administrativa", aplicable al caso toda vez que hay un vacío normativo para los entes territoriales. Según el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, establece que la competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger contratistas ser del jefe o representante de la entidad pública. Para el caso que nos ocupa, la representación legal de los municipios recae en su alcalde, conforme al artículo 314 de la Constitución Política. Por su parte el artículo 15 (8) de la Ley 13 de 1984 considera como objeto de sanción el intervenir con dolo o culpa grave en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, conforme a las normas legales vigentes. Descendiendo al caso en estudio, se encuentra probado y no fue objeto de cuestionamiento que el actor en calidad de Alcalde de Quibdó suscribió contratos y órdenes de prestación de servicios, con personas que de una u otra forma se encontraban inhabilitadas para ello, unos, por ser empleados públicos, y otras, por ser hermanas de un concejal del Municipio. Por lo anterior, la Procuraduría Departamental del Chocó le formula pliego de cargos por infringir las siguientes normas: artículo 8 literal (f) de la Ley 80 de 1993; artículo 132 numeral 1 del Decreto 1333 de 1986; artículo 15 numeral 8 de la ley 13 de 1984, artículo 48 numeral 8 del Decreto 482 de 1985 y el artículo 19 de la Ley 53 de 1990 en lo atinente a intervenir con dolo o culpa grave en la celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, conforme a las normas legales vigentes.

Concepto DAFP

¿Puede un Alcalde como representante legal de un municipio, asociarse con una asociación en la cual sus asociados son parientes hasta el tercer grado de consanguinidad? RAD. 1083/2008 (Concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública Radicación. 6099 de 24/06/2008)

Los cónyuges o compañeros permanentes de los alcaldes municipales y distritales, y sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad (Padres, hijos, hermanos, tíos, sobrinos y primos), segundo de afinidad (Suegros y cuñados) o primero civil, **no podrán ser contratistas del respectivo municipio**, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONCEJALES MUNICIPALES

FUNDAMENTO LEGAL

- **Constitución Política**

“Artículo 261. Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993. (...)”

*PARAGRAFO 1o. Las inhabilidades e **incompatibilidades** previstas en la Constitución Nacional y las leyes, se extenderán en igual forma a quienes asuman las funciones de las faltas temporales durante el tiempo de su asistencia.”*

- **Ley 136 de 1994**

“Artículo 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

- 1. <Artículo 3 de la Ley 177 de 1994 derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000>*
- 2. Ser apoderado ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen.*
- 3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.*
- 4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.*
- 5. <Numeral adicionado por el artículo 41 de la Ley 617 de 2000. El texto es el siguiente:> Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.*

PARÁGRAFO 1o. *Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra.*

PARÁGRAFO 2o. *El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.*

Artículo 46. EXCEPCIONES. *Lo dispuesto en los artículos anteriores no obsta para que los concejales puedan ya directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos.*

a) En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos, tengan interés;

b) Formular reclamos por el cobro de impuestos, contribuciones, tasas y de multas que graven a las mismas personas;

c) Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase ofrezcan al público, o condiciones comunes a todos los que lo soliciten;

c) <Literal adicionado por el artículo 42 de la Ley 617 de 2000. Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten.

d) Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Sin embargo, los concejales durante su período Constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital.

Artículo 47. DURACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES. <Artículo modificado por el artículo 43 de la Ley 617 de 2000. Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión. “

- **Ley 617 de 2000**

“**Artículo 47. Excepción al régimen de incompatibilidades.** Se exceptúa del régimen de incompatibilidades establecido en el presente capítulo el ejercicio de la cátedra.”

JURISPRUDENCIA

- ✓ **La Corte Constitucional en Sentencia C-179 de 2005**, respecto a las incompatibilidades de concejales municipales, expreso:

Los dos tipos de empresas señaladas por el legislador para establecer la causal de incompatibilidad -empresas de seguridad social y empresas de servicios públicos domiciliarios- se identifican en su vinculación con regímenes jurídicos organizados con fundamento en el principio constitucional de solidaridad, y en torno de la administración de un régimen de subsidios. Circunstancia que no se presenta en las demás empresas de servicios que pueden operar en el municipio. Es decir, el legislador estimó que esta circunstancia exigía diseñar un régimen más estricto de incompatibilidades, que asegurara en mayor medida la transparencia y la moralidad en la gestión administrativa de tales entidades. Por tal razón, no es la misma la situación de los concejales frente a este tipo de empresas de seguridad social o de servicios públicos domiciliarios, que frente a las de otro tipo; la ley, en vista de los mecanismos de solidaridad y de subsidio sobre los cuales operan las primeras, y con miras a preservar de manera más intensa la moralidad y la

transparencia en la gestión de estos sistemas de solidaridad, quiso ser celoso respecto de los posibles conflictos de interés que pudieran resultar del hecho de que los concejales fueran simultáneamente empleados o contratistas de empresas de seguridad social o de servicios públicos domiciliarios.

Si bien es cierto que los concejales que simultáneamente se desempeñen en cargos directivos en la aludidas empresas están en una situación más propicia a los conflictos entre el interés público y el interés privado, a quienes no se encuentran en esas posiciones de mando, o son simplemente contratistas, igualmente les asiste un interés particular en las decisiones que respecto de la empresa pueda adoptar el concejo municipal. En esa medida, es razonablemente presumible que puedan surgir frecuentes conflictos de interés en cabeza suya, si simultáneamente se desempeñan como concejales. Por ello desestima la argumentación del demandante, que considera que la incompatibilidad acusada resulta demasiado amplia al cobijar cualquier clase de empleo o de contratista.

- ✓ **El Consejo de Estado en sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo** Radicación número: 73001-23-31-000-2008<00149>01 del veintiséis (26) de febrero de dos mil nueve (2009), Consejero Ponente MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO. respecto a las incompatibilidades de los concejales municipales señaló:

DESCRIPTOR-Restricto: ESTADO CIVIL-Prueba. Inhabilidad o Incompatibilidad/MATRIMONIO-Prueba. Inhabilidad o Incompatibilidad/ INHABILIDAD O INCOMPATIBILIDAD-Prueba del estado civil/REITERACION JURISPRUDENCIAL-Prueba del estado civil. Inhabilidad o incompatibilidad/PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL-Prueba del vínculo matrimonial

TESIS: El actor afirmó que le fue imposible llegar al proceso el registro civil del demandado, razón por la que solicita que se tenga como prueba, la partida eclesiástica de matrimonio en la que consta que el 25 de marzo de 1974 el ciudadano JOSE• ARCENIO BONILLA BARRETO y la ciudadana NOHEMY FLORIAN RODRÖGUEZ contrajeron matrimonio. Del texto de la normativa precitada, (Decreto 1260 de 1970) se colige inequívocamente que el mecanismo para demostrar el vínculo matrimonial es, para los hechos que tuvieron ocurrencia con posterioridad a la Ley 92 de 1933 (pero con anterioridad al Decreto 1260 de 1970), las correspondientes copias de la partida o folio, o los certificados que con base en ellos sean expedidos; sin embargo, con posterioridad a la entrada en vigencia de la normativa vigente, esto es, el Decreto 1260 de 1970, dicha circunstancia se acredita únicamente con el registro civil. Esta Corporación ya ha tenido oportunidad de sentar su criterio en cuanto a este asunto. En efecto, ha sostenido que en tratándose de la prueba del vínculo matrimonial en casos en los que de su demostración dependen controversias relativas a inhabilidades e incompatibilidades, el registro civil no constituye un mecanismo ad substantiam actus. La Sala comparte y reitera el criterio expuesto en las sentencias anteriormente citadas y aunque es claro que la relación legal que se deriva del vínculo matrimonial no es de parentesco ni de afinidad, sino de carácter civil, el asunto es completamente irrelevante para el caso sub examine, pues la prueba del estado civil en este caso va encaminada a producir efectos jurídicos derivados del cuadro de inhabilidades e incompatibilidades en materia electoral, por lo que, a juicio de esta

Sala, es evidente que en este tipo de situaciones la demostración de la relación de cónyuge o de compañero permanente entre dos personas no puede restringirse a una única prueba, o, como bien se expuso a un mecanismo *ad substantiam actus*, que para el caso del Decreto 1260 de 1970, vendría a ser el registro civil, máxime cuando obran en el plenario otros elementos de juicio, que conforme al artículo 175 del Código de Procedimiento Civil aplicable por integración de materia a este asunto, pueden probar como cierta la circunstancia que pretende demostrarse. En tal sentido, y habida cuenta de que al proceso se allegó, por una parte, la partida eclesiástica de matrimonio a la que ya se hizo referencia antes, y por otra, el interrogatorio de parte rendido por el ciudadano JOSE• ARCENIO BONILLA BARRETO en el que afirmó haber contraído vínculo matrimonial con la ciudadana NOHEMY FLORIAN, la Sala considera que existen los elementos de juicio necesarios para que se entienda probado el estado civil del demandado en relación con la que el actor afirma ser su cónyuge.

Concepto DAFP

**¿Puede un docente percibir simultáneamente su salario y honorarios como Concejal?
RAD. 2438/2004. (Radicación. EE2087 11/03/2004)**

“...los honorarios que reciben los concejales constituyen una asignación proveniente del tesoro público, de manera que al percibirse conjuntamente con cualquiera otra asignación proveniente del mismo tesoro público, de otras entidades del Estado, se configura la prohibición constitucional de que trata el artículo 128 de la Carta Fundamental, con la excepción de los casos determinados por la Ley.

Los concejales podrán percibir otra asignación del erario público si la misma proviene de las excepciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, como es el caso de los honorarios percibidos por los docentes que presten el servicio a una Institución de Educación del Estado, mediante el sistema de hora cátedra, siempre y cuando, las horas cátedra no coincidan con las sesiones o labores propias de concejal, ni su vinculación con la entidad donde ejerce la docencia sea de tiempo completo.

En este orden de ideas y para el caso objeto de consulta, ... al usted estar vinculado como docente de tiempo completo o de medio tiempo en una institución de educación superior, y recibir honorarios como Concejal del Municipio de Gachetá, estará inmerso en una incompatibilidad por percibir dos asignaciones del Tesoro Público.”

Concepto DAFP

**¿Un Concejal puede contratar con entidades del Estado? Rad. 9906-2009
(Radicación. EE8564 de 18-08-2009)**

El Concejal de un municipio como servidor público está impedido para celebrar contrato con entidades del Estado ya que infringiría lo establecido en el artículo 127 y en el numeral 1º, literal f) del

artículo 8º de la Ley 80 de 1993, y de percibir otra asignación del Tesoro Público, salvo las excepciones contempladas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES

FUNDAMENTO LEGAL

- Ley 136 de 1994

“Artículo 126. INCOMPATIBILIDADES: Los miembros de las Juntas Administradoras Locales no podrán:

1). Aceptar cargo alguno de los contemplados en el numeral dos de las incompatibilidades aquí señaladas, so pena de perder la investidura.

2). Celebrar contrato alguno en nombre propio o ajeno, con las entidades públicas del respectivo municipio, o ser apoderados ante las mismas, con las excepciones que adelante se establecen.

3). Ser miembros de juntas directivas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio o de instituciones que administren tributos precedentes del mismo.

4). Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio o distrito.”(Artículo 44 Ley 617 de 2000)

PARAGRAFO: El funcionario municipal que celebre con un miembro de la Junta Administradora Local un contrato o acepté que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.”

“Artículo 127. DURACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES. <Artículo modificado por el artículo 46 de la Ley 617 de 2000> Las incompatibilidades de los miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de miembro de junta administradora local, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.”

“Artículo 128. EXCEPCIONES. Lo dispuesto en los artículos anteriores no obsta para que se pueda, ya directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos:

- a) *En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos tengan legítimo interés;*
- b) *Formular reclamos por cobro de impuestos, contribuciones, tasas y multas que gravan a las mismas personas;*
- c) *<Literal modificado por el artículo 45 de la Ley 617 de 2000. Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten.*
- d) *Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público.”*

- **Ley 617 de 2000**

“Artículo 47. Excepción al régimen de incompatibilidades. *Se exceptúa del régimen de incompatibilidades establecido en el presente capítulo el ejercicio de la cátedra.”*

JURISPRUDENCIA

- ✓ **La Corte Constitucional en Sentencia C-307 de 1996**, magistrado ponente Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA, se pronunció:

*“... cabe advertir, que las incompatibilidades establecidas para los concejales y **miembros de las juntas administradoras locales** señaladas en la Ley 136 de 1994 -"por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios"-, hacen parte integral del régimen disciplinario único, pues lejos de ser contrarias a su espíritu, son complementarias, en cuanto desarrollan la incompatibilidad que en forma general se encuentra descrita en el literal acusado.*

*Efectivamente, el artículo 45 y 46 de la ley 136 se refieren en forma expresa a las incompatibilidades y excepciones de los concejales y el artículo 126 y 128 del mismo ordenamiento, a las incompatibilidades y excepciones de los miembros de las juntas administradoras locales. Así, si a estos servidores públicos les está prohibido aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, vincularse como trabajadores oficiales o contratistas, **ser apoderados ante las entidades públicas del respectivo municipio** (o ante quienes administren tributos procedentes del mismo para el caso de los concejales), celebrar contratos o **realizar gestiones con funcionarios municipales**, así mismo, les está permitido directamente o por medio de apoderado, intervenir **“en las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos tengan legítimo interés”**, y **“ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la rama jurisdiccional del poder público.”**(Artículos 46 y 128 de la ley 136 de 1994).*

*En este último caso, con una restricción adicional para los concejales, descrita en el artículo 46-d de la ley en mención, según la cual **“los concejales durante su período Constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase***

que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital.”

Así entonces, y a pesar de las restricciones anotadas, la norma acusada **no impide el ejercicio de la profesión de abogado ni el derecho al trabajo, como lo afirma el demandante, pues le permite actuar como litigante, como catedrático o ejercer en el ámbito privado, aunque evidentemente y por razón del cargo, encuentra limitada su esfera de actuación.** Esta limitación se encuentra justificada en el cumplimiento de los principios de moralidad, eficacia e imparcialidad señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, que persiguen el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los puedan afectar o poner en peligro (artículos 123 y 133 de la C.P.).

En el caso bajo examen, es evidente que la norma acusada no rompe el principio de igualdad, no sólo porque quedó demostrado que los abogados sí pueden ejercer su profesión, aunque con las limitaciones establecidas, sino además, porque las incompatibilidades existen en razón del cargo que se desempeña y de la función que se asigna al servidor público, derivado de una especial condición de la que no gozan los particulares y que implica, por ende, unas especiales responsabilidades con el Estado y con la sociedad, que de manera alguna pueden ser desconocidas por la Constitución y la ley.

Concepto DAFP

¿Una persona que fue elegida miembro de la Junta Administradora Local, puede renunciar para ser nombrado empleado público? RAD. 16593-2008 (Radicación. EE12897 de 24-11-2008)

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, en concepto de esta Dirección un miembro de la Junta Administradora de un municipio, una vez terminado su periodo constitucional podrá ser vinculado o celebrar contrato con la administración del mismo municipio o en sus entidades descentralizadas, siempre y cuando, cumplan con los requisitos establecidos en la Constitución y la Ley.

Cuando el miembro de la Junta Administradora renuncia a su investidura las incompatibilidades se mantendrán **durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior; por consiguiente, el miembro de la Junta Administradora que renuncia, estará inmerso en incompatibilidad para ser elegido, ser designado como empleado celebrar contrato **en el respectivo municipio durante el lapso de tiempo que falte para el vencer el periodo, que puede ser menos de los seis (6) meses establecidos por la ley.****

INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONTRALORES MUNICIPALES

FUNDAMENTO LEGAL

- Ley 136 de 1994

“Artículo 164. INCOMPATIBILIDADES: Los contralores municipales además de las incompatibilidades y prohibiciones previstas en los artículos 96 y 97 de esta ley, en lo que les sea aplicable, no podrán desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.”

- LEY 617 DE 2000

“Artículo 51. Extensión de las incompatibilidades de los contralores y personeros. Las incompatibilidades de los contralores departamentales, distritales y municipales y de los personeros distritales y municipales tendrán vigencia durante el período para el cual fueron elegidos y hasta doce (12) meses posteriores al vencimiento del período respectivo o la aceptación de la renuncia.”

Concepto DAFP

REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Un empleado público de uno de los municipios de un departamento puede ser elegido como Contralor del mismo departamento?
RAD.8626/2009 (Radicación. EE7721 de 27-07-2009)

Quien haya ocupado un cargo público en un departamento, distrito o municipio durante el último año antes de postularse al cargo de contralor departamental, no podrá ser elegido para desempeñar esa función. Conforme a lo establecido en el artículo 272 de la Constitución Política

INCOMPATIBILIDADES DE LOS PERSONEROS MUNICIPALES

FUNDAMENTO LEGAL

- Ley 136 de 1994

“Artículo 175. INCOMPATIBILIDADES: Además de las incompatibilidades y prohibiciones previstas para los alcaldes en la presente ley en lo que corresponda a su investidura, los personeros no podrán:

a).Ejercer otro cargo público o privado diferente

b).Ejercer su profesión, con excepción de la cátedra universitaria.

PARAGRAFO. *Las incompatibilidades de que trata este artículo se entienden sin perjuicio de las actuaciones que deba cumplir el personero por razón del ejercicio de sus funciones.”*

- **Ley 617 de 2000.**

“Artículo 51. *Extensión de las incompatibilidades de los contralores y personeros. Las incompatibilidades de los contralores departamentales, distritales y municipales y de los personeros distritales y municipales tendrán vigencia durante el período para el cual fueron elegidos y hasta doce (12) meses posteriores al vencimiento del período respectivo o la aceptación de la renuncia.”*

JURISPRUDENCIA

- ✓ **La Corte Constitucional en Sentencia C-200 de 2001**, respecto a las incompatibilidades del personero señaló:

“Así las cosas, la Corte deberá determinar si la situación fáctica que origina el trato jurídico igual es susceptible de comparación. Dicho de otra forma, debe analizarse si, para efectos de la regulación de incompatibilidades, el acceso a los cargos de alcalde y personero son asuntos diferentes que exigen un trato disímil.

A primera vista podría considerarse que el actor acierta cuando afirma que las funciones del alcalde y personero son jurídicamente diferentes, pues no sólo están insertos en órganos del poder público separados y autónomos (C.P. arts. 118 y 314) sino que una de las principales atribuciones constitucionales del personero municipal es la vigilancia de la conducta de las autoridades locales. A su vez, el jefe de la administración local debe desarrollar el programa de gobierno por el cual fue elegido popularmente (C.P. art. 259), mientras que la responsabilidad del personero escapa de los intereses mayoritarios y se ubica en la defensa del interés público (C.P. art. 118). Sin embargo, el actor se equivoca cuando compara el alcalde y el personero únicamente a partir del carácter funcional de los cargos, pues la regulación de incompatibilidades no pretende garantizar la capacidad y eficiencia en el ejercicio de las competencias, sino que busca preservar el "interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado"¹⁴. Por ende, si el objetivo constitucional de las incompatibilidades es la protección de la moralidad y transparencia públicas, el acceso a los cargos de alcalde y personero municipal pueden tratarse como iguales, puesto que las dos investiduras suponen el ejercicio de autoridad local y de la máxima responsabilidad social.

Así las cosas, es válido constitucionalmente que el Legislador equipare las causales de incompatibilidad para acceder a los cargos de alcalde y personero municipal si se tiene en consideración la finalidad propuesta con las restricciones para acceder y permanecer en la función pública. De hecho, la propia Constitución señala idénticos requisitos y condiciones para el desempeño de empleos estatales que pertenecen a diferentes órganos y ramas del poder público. Entre muchos ejemplos, el artículo 280 de la Carta determina que "los

¹⁴ Sentencia C-181 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categorías... de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo" y, el artículo 266 superior dispone que el Registrador Nacional del Estado Civil deberá reunir las mismas calidades que se exige para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, el artículo 13 de la Constitución no impide que el Legislador regule iguales causales de incompatibilidad para los personeros y alcaldes, pese a que desempeñan funciones diferentes.

Pero es más, incluso si se concluyera que la naturaleza jurídica de las funciones ejecutivas y de control son totalmente disímiles de tal forma que no pueden equiparse desde ningún punto de vista, tampoco podría aceptarse la tesis del actor que sugiere la obligatoria regulación diferente de las incompatibilidades para desempeñar los cargos de alcalde y personero. En efecto, como lo ha dicho esta Corporación en múltiples oportunidades¹⁵, el derecho a la no discriminación no significa que la Constitución siempre exija un trato jurídico semejante para situaciones iguales o un trato diferente para supuestos fácticos disímiles. Por ende, se reitera, la hermenéutica correcta del artículo 13 de la Carta no conlleva a un igualitarismo jurídico ni prohíbe el trato diferente, simplemente exige justificación razonable y objetiva del trato disímil. Por consiguiente, similares condiciones para el ingreso y permanencia en la función pública pueden regularse razonada y proporcionalmente para diferentes cargos estatales.

Con base en lo anterior, la Corte deberá estudiar si las causales de incompatibilidad previstas para el alcalde y que se extienden al personero encuentran un sustento constitucional razonable y proporcional.

En primer lugar, la Corte precisa que, en el presente juicio de control abstracto de constitucionalidad, no le corresponde determinar las causales que corresponden a la investidura del personero municipal, por cuanto la interpretación concreta de la norma debe efectuarse por la jurisdicción de la legalidad competente. Así mismo, es necesario aclarar que, en esta oportunidad, la Corte no puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de cada una de las causales consagradas en el artículo 96 de la Ley 136 de 1994, por cuanto no han sido acusadas por el demandante. Por lo tanto, sólo deberá estudiar la razonabilidad y proporcionalidad de la extensión de las incompatibilidades del alcalde al personero.

Pues bien, esta Corporación encuentra que la remisión de las incompatibilidades acusada tiene un objetivo constitucionalmente válido que se concreta en la búsqueda de la transparencia y moralidad de las actuaciones del Ministerio Público. También, es una garantía de imparcialidad e independencia inescindible a los órganos de control. Así mismo, estas incompatibilidades constituyen un instrumento necesario e idóneo para el logro de la finalidad que persigue la restricción, puesto que el ejercicio del Ministerio Público requiere de funcionarios, al igual que las alcaldías, altamente comprometidos con la defensa del interés público. Finalmente, la Corte no encuentra que la extensión de las causales del alcalde al personero sacrifique desproporcionadamente el derecho al acceso a la función pública de los aspirantes al ente de control, puesto que dentro de los fines primordiales del Estado se

¹⁵ Entre muchas otras, pueden verse las sentencias C-221 de 1992, T-230 de 1994, C-223 de 1994, C-351 de 1995, T-835 de 2000 y T-1075 de 2000.

encuentran las necesidades de combatir la corrupción y la utilización de los bienes públicos para intereses individuales.”

Concepto DAFP

¿Puede un Personero Municipal formar parte de una Junta de Vigilancia de una Cooperativa sin ánimo de lucro? RAD. 5363/2002. (Radicación. EE4532 10/05/2002)

“... un Personero Municipal que es miembro de una Junta de Vigilancia de una Cooperativa de carácter privado, no estará inmerso en incompatibilidad ya que el hecho de integrar dicha junta, de acuerdo por lo expuesto, no implica el desempeño de un cargo o empleo privado, sino que se detenta una dignidad especial.”

Concepto DAFP

¿Puede una persona quien fue encargada como Personera de un municipio por estar el titular en licencia de maternidad, al terminar su encargo, desempeñar un empleo público en el mismo Municipio? RAD. 1138/2009. (Radicación. EE1578 11/02/2009)

De conformidad con la norma y jurisprudencia expuestas, se considera que el régimen de incompatibilidades para los Personeros se aplica a aquellas personas que los reemplacen en el ejercicio del cargo por faltas temporales o absolutas, en concepto de esta Dirección teniendo en cuenta lo expresado por el Consejo de Estado, las incompatibilidades de la persona llamada a reemplazar transitoriamente al Personero, durante la vacancia temporal del titular, por licencia de maternidad, mediante la figura del encargo, tienen vigencia durante el “periodo” que ostenta el empleo, por tal razón, se considera que no existe impedimento alguno para que una vez terminado el **encargo como Personero**, pueda desempeñar un empleo público en el mismo municipio o en el departamento al cual pertenece el municipio.

INCOMPATIBILIDADES MIEMBROS JUNTAS DIRECTIVAS DE ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS, EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA DEL ORDEN TERRITORIAL

FUNDAMENTO LEGAL

- La Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario, señala:

“Artículo 41. EXTENSIÓN DE LAS INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS. Las inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos señalados en la ley para los gerentes, directores, rectores, miembros de juntas directivas y funcionarios o servidores públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de

economía mixta, se hacen extensivos a las mismas autoridades de los niveles departamental, distrital y municipal.”

- **Decreto Ley 128 de 1976**

“Artículo 10. DE LA PROHIBICION DE PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES. Los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece.”

“Artículo 14. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS Y DE LOS GERENTES O DIRECTORES. Los miembros de las juntas o consejos directivos y los gerentes o directores no podrán, en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquélla.

a) Celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno;

b) Gestionar negocios propios o ajenos, salvo cuando contra ellos se entablen acciones por dichas entidades o se trate de reclamos por el cobro de impuestos o tasas que se hagan a los mismos, a su cónyuge o a sus hijos menores, o del cobro de prestaciones y salarios propios.

Las prohibiciones contenidas en el presente artículo regirán durante el ejercicio de las funciones y dentro del año siguiente al retiro de la entidad.

Tampoco podrán las mismas personas intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones.

No queda cobijado por las incompatibilidades de que trata el presente artículo el uso que se haga de los bienes o servicios que la respectiva entidad ofrezca al público bajo condiciones comunes a quienes los soliciten. Quienes como funcionarios o miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los organismos a que se refiere este artículo admitieren la intervención de cualquier persona afectada por las prohibiciones que en él se consagran, incurrirán en mala conducta y deberán ser sancionados de acuerdo con la ley.”

- **Ley 1105 de 2006.**

“Artículo 5°. El artículo 5° del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así:

Artículo 5°. Del liquidador. El liquidador será de libre designación y remoción del Presidente de la República; estará sujeto al mismo régimen de requisitos para el desempeño del cargo, inhabilidades, **incompatibilidades**, responsabilidades y demás disposiciones previstas para el representante legal de la respectiva entidad pública en liquidación.

Sin perjuicio de lo anterior, podrá ser designado como liquidador quien se haya desempeñado como miembro de la junta directiva o gerente o representante legal de la respectiva entidad o en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece.”

JURISPRUDENCIA

- ✓ El Consejo de Estado mediante sentencia del 24 de junio de 2004, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Consejera Ponente: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN respecto a las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de las Juntas Directivas, Gerentes y Directores de las empresas descentralizadas del Estado, expreso:

“El régimen al que se refiere la citada disposición es el contenido en el Decreto 128 de 1976, expedido por el Presidente de la República en virtud de las facultades otorgadas por la Ley 28 de 1974.

En los artículos 10º y 14 señalados por el actor como violados, el decreto antes referido establece las siguientes prohibiciones e incompatibilidades para los miembros de las juntas directivas y representantes legales de las entidades descentralizadas:

“Artículo 10. DE LA PROHIBICIÓN DE PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES. Los miembros de las Juntas o Consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los Gerentes o Directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece.

“(…)

“Artículo 14. DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS Y DE LOS GERENTES O DIRECTORES. Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos y los Gerentes o Directores no podrán, en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquella:

“a. Celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno:

“b. Gestionar negocios propios o ajenos, salvo cuando contra ellos se entablen acciones por dichas entidades o se trate de reclamos por el cobro de impuestos o tasas que se hagan los mismos, a su cónyuge o a sus hijos menores, o del cobro de prestaciones y salarios propios.

“Las prohibiciones contenidas en el presente Artículo regirán durante el ejercicio de las funciones y dentro del año siguiente al retiro de la entidad.

“Tampoco podrán las mismas personas intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones.

“No queda cobijado por las incompatibilidades de que trata el presente Artículo el uso que se haga de los bienes o servicios que la respectiva entidad ofrezca al público bajo condiciones comunes a quienes los soliciten.

“Quienes como funcionarios o miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los organismos a que se refiere este Artículo admitieren la intervención de cualquier persona afectada por las prohibiciones que en él se consagran, incurrirán en mala conducta y deberán ser sancionados de acuerdo con la Ley.”

“En cuanto al artículo 10º, el actor considera que éste prohíbe a los gerentes o directores de las entidades descentralizadas “actuar nuevamente” en la misma entidad dentro del año siguiente al retiro, es decir, desempeñar dentro de ése período otro cargo en la entidad a la que estaban vinculados.”

“Para la Sala es inequívoco que la norma establece a los gerentes o directores la prohibición de prestar sus servicios profesionales en la entidad descentralizada a la que estuvieron vinculados, dentro del año siguiente al retiro.

Entendiendo que los servicios profesionales a los que se refiere la disposición en comento pueden ser prestados bien en virtud de una vinculación legal o reglamentaria, ora mediante una relación contractual, (...) (Resaltado nuestro)

Concepto DAFP

¿Un servidor público de la Unidad de Trabajo Legislativo de la Cámara de Representantes puede ser miembro de la Junta Directiva de una fundación privada sin ánimo de lucro? RAD 10303-10326/2006 (Radicación. EE-6679 de 08-Ago-06)

“...adelantada una revisión a las normas sobre la materia de inhabilidades e incompatibilidades aplicadas a los empleados públicos, ... no se encontró impedimento, para que un servidor público de la Cámara de Representantes forme parte de la de la Junta Directiva de una fundación privada sin ánimo de lucro de la misma localidad, siempre y cuando se haga fuera de la jornada laboral y no preste a título particular, servicios de asistencia o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo de la entidad donde actualmente labora.”

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO

FUNDAMENTO LEGAL

- **Constitución Política:**

“Artículo 122.- “...”

(...)

Modificado por el art. 4, Acto Legislativo 01 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del

Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

“Artículo 127. Incompatibilidades de los Servidores Públicos. *Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.”*

Ley 80 de 1993: por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

“Artículo 80. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

f) Los servidores públicos.

g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.

h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

LEY 1150 DE 2007 (julio 16) por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

Artículo 18. *De las inhabilidades para contratar. Adiciónese un literal j) al numeral 1 y un inciso al párrafo 1°, del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, así:*

“j) Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas”.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante. (Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-429-97 del 4 de septiembre de 1997, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero)

c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

d) 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.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

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.

En las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, los vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio. (Inciso adicionado por el artículo 18 de la ley 1150 de 2007).

PARÁGRAFO 2o. Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará que debe entenderse por sociedades anónimas abiertas.”

“Artículo 9o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación o concurso, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.”

“Artículo 10. De las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades. No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.”

- **Ley 489 de 1998.**

“Artículo 113. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida.

Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado.”

JURISPRUDENCIA

- ✓ **La Corte Constitucional en Sentencia C-429 de 1997, Magistrado Ponente Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, preceptúa:**

“La inhabilidad para participar en licitaciones o concursos o para celebrar contratos estatales se predica de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los empleados de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo o con quienes ejercen el control interno o fiscal de la entidad contratante respectiva. Esto significa que para aplicar la correspondiente inhabilidad el operador jurídico debe dirigirse a las normas que definen los niveles de los empleos del poder público. Así, de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978, los empleos de la rama ejecutiva se clasifican en distintos grupos. El nivel directivo "comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general de los organismos principales de la rama ejecutiva del poder público, de formulación de políticas y de adopción de planes y programas para su ejecución". En general se considera que los miembros de las juntas o consejos directivos de establecimientos públicos, sociedades comerciales del Estado, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, pertenecen a esta categoría de empleos..”

- ✓ **El Consejo de Estado, mediante concepto Radicación 1360 de julio 19 de 2001 de la Sala de consulta y Servicio Civil Consejero ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO, respecto a las excepciones de la inhabilidades e incompatibilidades en la contratación estatal, señala:**

“El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ley 80 de 1993, artículo 8o., dispone que son inhábiles para participar en concursos o licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: "a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes. (...) f) Los servidores públicos".(...) Si bien el legislador ha previsto en forma taxativa las prohibiciones a los servidores públicos para contratar con entidades del Estado, también contempla algunas excepciones, entre ellas, la adquisición de la propiedad accionaria del Estado, la adquisición por los congresistas de bienes y servicios que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los ciudadanos y la genérica del artículo 10 de la ley 80 de 1993. Del contenido normativo de este precepto se deduce que la prohibición del artículo 127 constitucional, para el caso consultado, tiene aplicaciones restringidas, pues las inhabilidades e incompatibilidades de los artículos 8o. y 9o. de la ley 80 sólo dejan de aplicarse cuando el objeto del contrato con la entidad estatal se remite al uso de bienes o servicios ofrecidos al público en condiciones comunes a quienes los soliciten. En cuanto a los servicios, baste referirse al uso de los denominados públicos domiciliarios prestados por las empresas públicas, los cuales son ofrecidos en general en condiciones comunes a quienes los requieren. Así, la unidad de medida, el valor de la tarifa, el cargo fijo, etc. son los mismos para todos los usuarios, eso sí teniendo en cuenta criterios de estratificación económica y social.”

- ✓ **La Corte Constitucional Sentencia C-221 de 1996, respecto a las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, señaló:**

“En nada se ofende el imperio de la Constitución por haberse establecido que el hecho de sobrevenir una causal de inhabilidad o incompatibilidad en cabeza de quien ya es contratista da lugar a la obligación de éste de ceder el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante, o a la de renunciar a su ejecución si aquello no fuere posible. Tampoco se vulnera la Carta por consagrar que quien participa en un proceso de licitación o concurso y resulta intempestivamente afectado por inhabilidades o incompatibilidades deba renunciar a dicha participación, ni se desconoce la normatividad superior por prever, como lo hace la norma, la cesión en favor de un tercero de la participación en el consorcio o unión temporal que licita o es contratista cuando la causa de inhabilidad o incompatibilidad se radica en uno de sus miembros. Si la Corte accediera a declarar la inconstitucionalidad solicitada, se tendría por consecuencia la desaparición de las reglas aplicables a los casos de inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes, sin motivo alguno para ella, ya que, por lo expuesto, ningún precepto de la Carta Política ha sido vulnerado, y, en cambio, sería posible una contratación que seguiría llevándose adelante pese a la existencia de tales situaciones jurídicas, con grave deterioro de la moralidad y la pureza de las correspondientes relaciones entre el Estado y los particulares.”

Concepto DAFP

¿La prima de un miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado puede celebrar contrato de prestación de servicios con la misma entidad? Rad. 9854/2006(Radicación. EE6464 de 26-Jul-06)

“La Ley 80 de 1993, es clara en establecer directamente que no podrá contratar con la respectiva entidad, la persona que se encuentra dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los miembros de la junta o consejo directivo de la entidad contratante; por consiguiente, ... quien se encuentre en cuarto grado de consanguinidad con un miembro de la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado no está inhabilitada para celebrar contrato de prestación de servicios con la misma entidad.”

Concepto DAFP

Al desaparecer el Nivel ejecutivo de la estructura de las entidades del Estado, las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos que desempeñaban cargos del nivel ejecutivo en una institución del Estado ¿podrán celebrar contratos con la misma institución? RAD. 12964/2006. (Radicación. EE156 de 15-01-07)

“De acuerdo a lo anterior mente expuesto, teniendo en cuenta el fallo de la Corte Constitucional, el Gobierno Nacional tiene la facultad para suprimir los niveles jerárquicos que considere necesarios en su momento; por consiguiente, la supresión del nivel ejecutivo desde el punto de vista técnico, obedeció al modelo de organización en la Administración Pública que promoviendo una estructura horizontal y flexible, elimina lo estático de las jerarquías tradicionales. Éstas tienden a ser más ágiles en la toma de decisiones, pues existe una mayor cercanía entre el nivel de decisión y el de ejecución y por ende se tiene mayor información oportuna y veraz.

En este orden de ideas, ... se considera que al desaparecer el Nivel Ejecutivo de las entidades del Estado, la inhabilidad establecida en el numeral 2º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, respecto a la celebración de contratos por aquellas personas que tienen vínculos de parentesco, con los servidores públicos que desempeñaban cargos del nivel ejecutivo en una institución del Estado con la cual se va a contratar, desaparece del ámbito jurídico al no existir el nivel ejecutivo en la estructura de las instituciones publicas.”

Concepto DAFP

¿La sanción de Suspensión impuesta a un candidato de una alcaldía lo inhabilita para tomar posesión del cargo como alcalde? RAD.2008ER19039

“En atención a las disposiciones citadas, y de acuerdo con el informe adjunto a su consulta, según el cual el funcionario fue sancionado con sanción de suspensión (en particular la relacionada en el artículo 44 numeral 3º del código disciplinario, según el reporte de la Procuraduría General de la Nación) sin contemplar la inhabilidad especial para ocupar cargos públicos, se considera que el mismo no se encontraba impedido para tomar posesión del cargo, atendiendo a que la sanción impuesta, se repite, no conllevó la inhabilidad especial para ejercicio de cualquier cargo público.

Sobre el punto, es necesario recordar que las inhabilidades e incompatibilidades son taxativas y de interpretación restrictiva, es decir, están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política. La Corte Constitucional, ha expresado sobre el particular que: "el Legislador tiene un margen de discrecionalidad amplio para regular las inhabilidades e incompatibilidades para acceder a la función pública, dentro de las limitaciones que la propia Carta define. Diferente es la situación del operador jurídico, quien debe interpretar estricta y restrictivamente las causales de inelegibilidad,

*en tanto y cuanto son excepciones legales al derecho de las personas a acceder a los cargos públicos*¹⁶.

Concepto DAFP

***¿Un empleado público vinculado en forma provisional está inhabilitado para suscribir contrato de prestación de servicios profesionales con la misma entidad?
RAD. 77-09***

De conformidad con lo expuesto, le informo que las personas que han ocupado empleos en entidades del Estado (ya sea del nivel nacional o departamental), quedan inhabilitadas para contratar durante el año siguiente a su retiro con la misma entidad para prestar a título particular servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo que desempeñaba. Se precisa que no se trata de una prohibición genérica para desempeñar totalmente una profesión u oficio que sí podrá ejercer, salvo ante la entidad que laboró como funcionario y frente a los temas en los que tuvo alguna injerencia, por razón de la función o cargo que desempeñaba.

Igualmente se aclara que estamos frente a una prohibición que cobija a todos los ex servidores públicos ya se trate de aquellos que prestaron sus servicios a la rama ejecutiva, legislativa, judicial o a los organismos que conforman la Organización Electoral, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación y en cualquiera de los niveles en los que se haya prestado el servicio, es decir nivel asistencial, técnico, profesional, directivo, asesor o ejecutivo.

De conformidad con lo expuesto, si el objeto del contrato de prestación de servicios que se proyecta suscribir es ajeno a las funciones propias del cargo, el empleado que ocupó un cargo del nivel asistencial o del técnico no está inhabilitado para vincularse con la misma entidad mediante un contrato de prestación de servicios.

¹⁶ Sentencia C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

Concepto DAFP

Sanciones penales que inhabilitan para tomar posesión de cargos públicos o contratar con el Estado. RAD.2009ER133

“En atención a las disposiciones citadas, las cuales en el evento de presentarse deben ser informadas por el funcionario que adopta la decisión a la Procuraduría General de la Nación dado que caben dentro del término genérico utilizado por la norma “sanciones penales”, el funcionario que ha sido condenado por cualquiera de los delitos indicados en las normas no podrá ser nombrado funcionario público ni suscribir contratos con el Estado. Respecto de este último evento, nótese que las inhabilidades de los literales d) y J) del artículo 8º, no constituyen una inhabilidad como consecuencia de haber contratado con el Estado sino de aquellos antecedentes penales que impiden a futuro contratar con el Estado.

En todo caso se precisa que las inhabilidades e incompatibilidades son taxativas y de interpretación restrictiva, es decir, están expresamente consagradas en una ley o en la Constitución Política. La Corte Constitucional, ha expresado sobre el particular que: “el Legislador tiene un margen de discrecionalidad amplio para regular las inhabilidades e incompatibilidades para acceder a la función pública, dentro de las limitaciones que la propia Carta define. Diferente es la situación del operador jurídico, quien debe interpretar estricta y restrictivamente las causales de inelegibilidad, en tanto y cuanto son excepciones legales al derecho de las personas a acceder a los cargos públicos”¹⁷.

Concepto DAFP

REF: INHABILIDADES: ¿Un contratista del Estado se encuentra inhabilitado para vincularse como servidor público?

Por su parte, el artículo 10 de la ley 80 de 1993, establece:

“ARTICULO 10. DE LAS EXCEPCIONES A LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.”

En su caso particular, al evidenciarse del contrato aportado con la consulta, que usted celebró un

¹⁷ Sentencia C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

contrato en su calidad de representante legal de la Junta de Acción Comunal del Barrio los Monjes, entidad esta privada sin ánimo de lucro con personería jurídica reconocida por el Ministerio de Gobierno, con el Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal, dicha situación al estar contemplada dentro de las excepciones previstas por el artículo 10 precitado, NO LO INHABILITA para vincularse como empleado de una entidad del Estado.

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

FUNDAMENTO LEGAL

Ley 142 de 1994: (julio 11) Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, establece las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a este sector de los servicios en las siguientes disposiciones:

“Artículo 37. Desestimación de la personalidad interpuesta. Para los efectos de analizar la legalidad de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, de las comisiones de regulación, de la Superintendencia y de las demás personas a las que esta Ley crea incompatibilidades o inhabilidades, debe tenerse en cuenta quiénes son, sustancialmente, los beneficiarios reales de ellos, y no solamente las personas que formalmente los dictan o celebran. Por consiguiente, las autoridades administrativas y judiciales harán prevalecer el resultado jurídico que se obtenga al considerar el beneficiario real, sin perjuicio del derecho de las personas de probar que actúan en procura de intereses propios, y no para hacer fraude a la ley. Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 066 de 1997 , Ver Resolución de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, 489 de 2002

Artículo 39. Modificado por el art. 4 de la Ley 689 de 2001. Contratos especiales. Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales:

39.2. Contratos de administración profesional de acciones. Son aquellos celebrados por las entidades públicas que participan en el capital de empresas de servicios públicos, para la administración o disposición de sus acciones, aportes o inversiones en ellas, con sociedades fiduciarias, corporaciones financieras, organismos cooperativos de grado superior de carácter

financiero, o sociedades creadas con el objeto exclusivo de administrar empresas de servicios públicos. Las tarifas serán las que se determinen en un proceso de competencia para obtener el contrato.

(...)

A los representantes legales y a los miembros de juntas directivas de las entidades que actúen como fiduciarios o mandatarios para administrar acciones de empresas de servicios públicos se aplicará el régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los funcionarios que hayan celebrado con ellos el contrato respectivo, en relación con tales empresas.

Artículo 44. Conflicto de intereses; inhabilidades e incompatibilidades. Para los efectos del funcionamiento de las empresas de servicios públicos y de las autoridades competentes en la materia, se establecen las siguientes inhabilidades e incompatibilidades;

44.1. Salvo excepción legal, no podrán participar en la administración de las comisiones de regulación y de la Superintendencia de Servicios Públicos, ni contribuir con su voto o en forma directa o indirecta a la adopción de sus decisiones, las empresas de servicios públicos, sus representantes legales, los miembros de sus juntas directivas, las personas naturales que posean acciones en ellas, y quienes posean mas del 10% del capital de sociedades que tengan vinculación económica con empresas de servicios públicos.

44.2. No podrá prestar servicios a las comisiones de regulación ni a la Superintendencia de Servicios Públicos, ninguna persona que haya sido administrador empleado de una empresa de servicios públicos antes de transcurrir un año de terminada su relación con la empresa ni los cónyuges o compañeros permanentes de tales personas, ni sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Esta misma inhabilidad se predica de los empleados de las comisiones o de la Superintendencia, sus cónyuges o parientes en los mismos grados, respecto de empleos en las empresas.

Sin embargo, las personas aludidas pueden ejercitar ante las comisiones de regulación y ante la Superintendencia su derecho a pedir informaciones, a hacer peticiones, y a formular observaciones o a transmitir informaciones respecto a las decisiones que allí se tomen, o a los proyectos de decisiones que se les consulten.

44.3. No puede adquirir partes del capital de las entidades oficiales que prestan los servicios a los que se refiere esta Ley y que se ofrezcan al sector privado, ni poseer por sí o por interpuesta persona más del 1% de las acciones de una empresa de servicios públicos, ni participar en su administración o ser empleados de ella, ningún funcionario de elección popular, ni los miembros o empleados de las comisiones de regulación, ni quienes presten sus servicios en la Superintendencia de Servicios Públicos, o en los Ministerios de Hacienda, Salud, Minas y Energía, desarrollo y Comunicaciones, ni en el Departamento Nacional de Planeación, ni quienes tengan con ellos los vínculos conyugales, de unión o de parentesco arriba dichos. Si no cumplieren con las prohibiciones relacionadas con la participación en el capital en el momento de la elección, el nombramiento o la posesión, deberán desprenderse de su interés social dentro de los tres meses siguientes al día en el que entren a desempeñar los cargos; y se

autoriza a las empresas a adquirir tales intereses, si fuere necesario, con recursos comunes, por el valor que tuviere en libros.

Se exceptúa de lo dispuesto, la participación de alcaldes, gobernadores y ministros, cuando ello corresponda, en las Juntas Directivas de las empresas oficiales y mixtas.

44.4. Sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas de esta Ley, en los contratos de las entidades estatales que presten servicios públicos se aplicarán las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley 80 de 1993, en cuanto sean pertinentes.

Artículo 66. Modificado por el art. 11 de la Ley 689 de 2001. **Incompatibilidades e inhabilidades.** Las personas que cumplan la función de vocales de los comités de desarrollo de los servicios públicos domiciliarios, sus cónyuges y compañeros permanentes, y sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, así como quienes sean sus socios en sociedades de personas, no podrán ser socios ni participar en la administración de las empresas de servicios públicos que desarrollen sus actividades en el respectivo municipio, ni contratar con ellas, con las comisiones de regulación ni con la Superintendencia de Servicios Públicos.

La incompatibilidad e inhabilidad se extenderá hasta dos años después de haber cesado el hecho que le dio origen.

La celebración de los contratos de servicios públicos o, en general, de los que se celebren en igualdad de condiciones con quien los solicite, no da lugar a aplicar estas incompatibilidades o inhabilidades.

Artículo 73. Funciones y facultades generales. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrá las siguientes funciones y facultades especiales:

(...)

73.19. Resolver consultas sobre el régimen de incompatibilidades e inhabilidades al que se refiere esta Ley.



Función Pública

Concepto 25961 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000025961

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000025961

Fecha: 01-02-2019 10:08 am

Bogotá D.C.

Referencia: JORNADA LABORAL. Procedencia de cerrar en días hábiles. Radicado: 2018-206-035554-2 del 28 de diciembre de 2018

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por el Ministerio de Justicia, me permito manifestarle lo siguiente:

De conformidad con el Decreto [430](#) de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

Razón por la cual, no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías al interior de las entidades.

No obstante lo anterior, nos referiremos respecto a la normativa que fundamenta el cumplimiento de la jornada laboral, así:

La Sentencia [C-1063](#) de 2000 proferida por la Corte Constitucional, se unificó la jornada laboral para los empleados públicos de los órdenes nacional y territorial la cual, se encuentra regulada por el artículo 33 del Decreto Ley [1042](#) de 1978¹, que a renglón seguido establece:

ARTÍCULO 33º.- De la jornada de trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada

del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras. (Subrayado fuera del texto)

Así mismo, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, señala:

ARTÍCULO 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público: [...]

11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales (...)

Pues bien, a la luz de la normativa relacionada, la asignación mensual corresponde a la jornada máxima legal para los empleados públicos es de 44 horas a la semana.

Con fundamento en lo expuesto, esta Dirección Jurídica considera que es deber de los empleados cumplir con la jornada laboral de 44 horas en el horario que establezca la respectiva entidad en cumplimiento de lo preceptuado en el Decreto Ley 1042 de 1978.

Así mismo, y teniendo en cuenta la labor que realizan al interior de la entidad, resulta procedente que la administración determine la jornada laboral que deben cumplir los empleados.

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

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

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

Angélica Guzmán Cañón/JFCA/GCJ

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. «Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones»

Fecha y hora de creación: 2024-10-22 13:31:42



Función Pública

Concepto 46171 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000046171

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000046171

Fecha: 15-02-2019 06:37 pm

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Prohibición de los servidores públicos de para recibir más de una asignación del tesoro público. RAD. 20192060002512 el 04 de enero de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la cual consulta si como servidor de carrera administrativa en el cargo de Técnico Operativo, encargo en el empleo de Profesional Universitario, tiene alguna inhabilidad para ejercer el cargo de Comandante de Bomberos del Municipio, siendo que el comandante actualmente está en nómina como empleado, me permito manifestarle lo siguiente:

La Constitución Política establece:

"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."

De acuerdo con la anterior disposición, se prohíbe desempeñar simultáneamente más de un empleo público o 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.

Sobre el tema la Corte Constitucional en Sentencia [C-133](#) de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, expresó:

"DOBLE ASIGNACION - Prohibición"

“Si bien es cierto que en el artículo 128 C.P. se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que ésta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales; basta ver que en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir más de una asignación que provenga del erario público. El término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc. Siendo así, bien podía el legislador ordinario establecer dicha incompatibilidad dentro de la citada Ley 4a. de 1992, sin contrariar mandato constitucional alguno. Aún en el remoto caso de que se hubiere concluido que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los funcionarios públicos debía ser regulado por medio de ley ordinaria, el artículo 19, objeto de acusación, tampoco sería inconstitucional, por cuanto el legislador estaba perfectamente facultado para hacerlo.” (Subrayado y negrilla nuestro)

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

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

a. Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;

b. Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

c. Las percibidas por concepto de sustitución pensional

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

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

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, por regla general existe una prohibición Constitucional y Legal para desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público; salvo las excepciones establecidas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992.

Por consiguiente, y conforme a la información suministrada en su consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica un empleado de carrera administrativa no puede ejercer simultáneamente como comandante del Cuerpo de Bomberos del Municipio, cargo que se encuentra en nómina del municipio, toda vez que nadie puede desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

DCastellanos/JFCA/GCJ

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-10-22 13:53:43



Función Pública

Concepto 46191 de 2019 Departamento Administrativo de Servicio Civil

20196000046191

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000046191

Fecha: 22-02-2019 03:35 pm

Bogotá D.C.

Señor:

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad para posturales a la alcaldía por sanción disciplinaria consistente en suspensión e inhabilidad especial. RAD. 20192060011672 del 15 de enero de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, en la cual consulta si una persona fue sancionada por la Procuraduría con la sanción de suspensión e inhabilidad especial, "num 2 art44" se encuentra inhabilitada para postularse como candidato a la alcaldía, me permito informar lo siguiente:

Sobre las inhabilidades para ser inscrito como candidato, elegido y designado alcalde, el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, dispone:

"ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

(...)" (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la anterior disposición, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido ni designado alcalde quien se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

En relación con la sanción consistente en suspensión e inhabilidad especial impuesta en fallo disciplinario proferido en primera instancia por la Procuraduría, es necesario remitirse a lo dispuesto en la Ley 734 de 2002¹, que en su artículo 44 establece:

“ARTÍCULO 44. Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. *Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.*
2. *Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.*
-
3. *Suspensión, para las faltas graves culposas.*
-
4. *Multa, para las faltas leves dolosas.*
5. *Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.*

PARÁGRAFO. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.” (Subrayado fuera de texto)

Adicionalmente, la Corte Constitucional mediante sentencia C-124/03 del 18 de febrero de 2003, por al cual se resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 43, Num. 9; artículo 44, Nums. 1 y 2; artículo 48, Num. 1; artículo 50, inciso 3º; artículo 51, incisos 1º y 3º; artículo 55, parágrafo 1º; artículo 61, parágrafo, de la Ley 734 de 2002, M.P. M. P. Jaime Araújo Rentería, se afirmó:

“La potestad sancionatoria del Estado comprende varias modalidades, como las reguladas por el Derecho Penal, el Derecho Contravencional y el Derecho Disciplinario, entre otras, de las cuales la primera es la más significativa y la que ha tenido más desarrollo. Dichas modalidades tienen elementos comunes y elementos específicos o particulares.

En lo concerniente al Derecho Disciplinario, esta corporación ha manifestado:

“La Carta Política de 1991 establece que los funcionarios públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. El establecimiento de un régimen disciplinario corresponde al desarrollo del principio de legalidad propio de un Estado de derecho en el que las autoridades deben respeto y observancia al ordenamiento jurídico y responden por las acciones con las que infrinjan las normas o por las omisiones al debido desempeño de sus obligaciones.

“El Código Disciplinario Único comprende el conjunto de normas sustanciales y procesales, con las que el legislador pretende asegurar la obediencia, la disciplina, la eficiencia y el adecuado comportamiento de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos. El CDU define las conductas que se consideran faltas disciplinarias, las sanciones en las que se puede incurrir y el proceso que debe seguirse para establecer la responsabilidad disciplinaria. (...)”. [31]

En otra ocasión expresó:

“El derecho disciplinario comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la

disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo. Por consiguiente, el sistema normativo que configura dicho derecho regula:

“a) Las conductas -hechos positivos o negativos- que pueden configurar falta juzgable disciplinariamente. Es así, como la violación de los deberes, de las prohibiciones o de las inhabilidades o incompatibilidades, a que están sujetos los funcionarios y empleados públicos, es considerado por el respectivo estatuto disciplinario como falta disciplinaria.

“b) Las sanciones en que pueden incurrir los sujetos disciplinados, según la naturaleza de la falta, las circunstancias bajo las cuales ocurrió su comisión y los antecedentes relativos al comportamiento laboral.

“c) El proceso disciplinario, esto es, el conjunto de normas sustanciales y procesales que aseguran la garantía constitucional del debido proceso y regulan el procedimiento a través del cual se deduce la correspondiente responsabilidad disciplinaria.” [32]

Según lo anterior, puede inferirse que las sanciones son la consecuencia jurídica que deben asumir los servidores que sean declarados responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, y hace parte de la potestad sancionatoria del Estado frente a los servidores públicos con el fin de asegurar la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo. En ese sentido, el Código Disciplinario Único define las conductas que se consideran faltas disciplinarias, las sanciones en las que se puede incurrir y el proceso que debe seguirse para establecer la responsabilidad disciplinaria.

Respecto al alcance de la sanción consistente en suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas, el artículo 45 de la Ley 734 de 2002, consagra:

“ARTÍCULO 45. Definición de las sanciones.

(...)

2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo.

(...)

Si al momento del fallo el servidor público o el particular sancionado presta servicios en el mismo o en otro cargo similar en la misma entidad o en otra entidad oficial, incluso en período diferente, deberá comunicarse la sanción al representante legal o a quien corresponda, para que proceda a hacerla efectiva.”

“ARTÍCULO 46. LÍMITE DE LAS SANCIONES. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente.

La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, la sanción consistente en suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó

la falta disciplinaria; y la inhabilidad especial implica la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo.

Teniendo en cuenta lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica quien se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas, no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido ni designado alcalde por el término señalado en el fallo disciplinario.

Por consiguiente, una vez culminado el término establecido en el fallo disciplinario que impuso la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial, quien pretenda inscribirse como candidato a alcalde, no estará incurso en la inhabilidad establecida en el numeral 1 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 617 de 2000.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

DCastellanos/JFCA/GCJ

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

Fecha y hora de creación: 2024-10-22 11:39:04



Función Pública

Concepto 54671 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000054671

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000054671

Fecha: 22-02-2019 03:55 pm

Bogotá D.C.

Referencia. SITUACION ADMINISTRATIVA-SUSPENSION CONTRATO DE TRABAJO -TRABAJADOR OFICIAL Radicado.20199000024332 de fecha 24 de enero de 2019

Acuso recibo de su comunicación de la referencia, remitida por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la cual consulta si un trabajador oficial vinculado a una Empresa Industrial y Comercial del Estado puede solicitar la suspensión de su contrato de trabajo para ocupar un cargo como empleado público y en caso afirmativo, por cuanto tiempo procedería la suspensión del respectivo contrato de trabajo y si la misma es prorrogable.

Al respecto me permito manifestarle lo siguiente:

De conformidad con el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son organismos del sector descentralizado por servicios, creados por la ley o autorizados por ésta y que tienen como característica desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado.

Ahora bien, el régimen jurídico laboral de los servidores públicos que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, se encuentra establecido en el artículo 5 del D.L. 3135 de 1968, el cual señala:

“ARTÍCULO 5°. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE> Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los establecimientos Públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

De tal manera que la regla general de quienes prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, es la de trabajadores oficiales, quienes se vinculan a la entidad a través de un contrato laboral de trabajo que determina las condiciones del servicio; no obstante, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Es importante señalar que el régimen laboral de los trabajadores oficiales se ceñirá a lo establecido en el contrato individual de trabajo, así como a lo dispuesto en la convención colectiva, pacto colectivo y el reglamento interno de trabajo. De igual forma y en aquellos aspectos no regulados en los citados instrumentos, es posible acudir a consagrado en la Ley 6 de 1945, al Decreto 1083 de 2015 y demás normas que los modifican o adicionan y el Decreto 1919 de 2002 en cuanto a prestaciones sociales mínimas se refiere.

Ahora bien, para determinar las causales de suspensión de un contrato laboral de un trabajador oficial será necesario acudir lo establecido en los instrumentos que se han dejado indicados, es decir, a lo consagrado en el contrato individual de trabajo, así como a lo dispuesto en la convención colectiva, pacto colectivo y el reglamento interno de trabajo.

No obstante, para determinar si un servidor puede vincularse en otro empleo público, será necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

El artículo 128 de la Constitución Política de 2004, prescribe:

“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.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.” (Subrayado fuera de texto)

Ley 734 de 2002:

ARTÍCULO 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

(...)

14. Desempeñar simultáneamente más de un empleo público o 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. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas. (...)

De igual manera el art. 19 de la Ley 4 de 1992 señala:

ARTÍCULO 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptuánse las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;*
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;*
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*

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

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

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

PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.

De conformidad con la normativa transcrita, en criterio de esta Dirección Jurídica, se tiene que Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, por expresa prohibición Constitucional, sumado al hecho que el servidor al que se le suspende el contrato laboral, conserva la calidad de servidor público y, por lo tanto, dentro del término de sus pensión del contrato laboral, no podrá desempeñar otro empleo público.

Para mayor información al respecto, le informo que a través de la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo", podrá consultar más de 3000 conceptos emitidos por la Dirección Jurídica en temas de su competencia.

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

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

C.C. Comisión Nacional del Servicio Civil

MVCA /JFCA / GCJ

12602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-10-22 16:40:24



Función Pública

Concepto 58351 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000058351

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000058351

Fecha: 26-02-2019 03:33 pm

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.- ¿Existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que un empleado público suscriba contratos estatales? ¿Existe incompatibilidad para que un empleado público ejerza actividades de litigio? Radicado. 20199000026762 del 25 de enero de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que un empleado público suscriba contratos estatales y si existe incompatibilidad para que un empleado público ejerza actividades de litigio, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

1.- En atención al primer interrogante de su escrito encaminado a determinar si existe algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para que un empleado público suscriba contratos estatales, la Constitución Política, señala:

“ARTÍCULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

(...)

“ARTÍCULO 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.”

La Ley 4ª de 1992 estableció las excepciones generales a la prohibición constitucional de recibir más de una asignación del erario público, consagra:

“ARTÍCULO 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro

Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
 - b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
 - c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
 - d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
 - e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;
 - f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;
 - g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.
- (...)"

La Corte Constitucional en Sentencia [C-133](#) de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, expresó:

"DOBLE ASIGNACION - Prohibición"

"Si bien es cierto que en el artículo 128 C.P. se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que ésta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales; basta ver que en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir más de una asignación que provenga del erario público. El término "asignación" comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc. Siendo así, bien podía el legislador ordinario establecer dicha incompatibilidad dentro de la citada Ley 4a. de 1992, sin contrariar mandato constitucional alguno. Aún en el remoto caso de que se hubiere concluido que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los funcionarios públicos debía ser regulado por medio de ley ordinaria, el artículo 19, objeto de acusación, tampoco sería inconstitucional, por cuanto el legislador estaba perfectamente facultado para hacerlo."

De conformidad con la norma y jurisprudencia expuestas, el servidor público no podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público ni celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, lo cual es aplicable al caso materia de consulta.

Por su parte la la Ley [80](#) de 1993¹, dispone:

"ARTÍCULO 8.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

- a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes
- b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.
- c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.
- d) (Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas) y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.
- e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.
- f) Los servidores públicos. (...) (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, por expresa prohibición legal los servidores públicos no podrán celebrar contratos con las entidades u organismos del Estado.

Ahora bien, atendiendo la particular circunstancia de su consulta, se considera importante traer a colación el pronunciamiento realizado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla en Radicación Número: [68001-23-15-000-2004-00002-02](#) (3875) de Enero 19 de 2006, respecto de la contratación indirecta o por interpuesta persona, donde señaló:

«Ciertamente, esta Sala ha dicho que el contrato por interpuesta persona se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad². En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.

Tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada». (Subrayas fuera de texto).

Esta Dirección Jurídica, atendiendo el criterio señalado por el Consejo de Estado, ha sido consistente al manifestar que no es viable que se celebren contratos de cualquier tipo con entidades Estatales si la figura planteada constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo expuesto, por expresa prohibición Constitucional y legal, los empleados públicos se encuentran inhabilitados para celebrar contratos Estatales, con las entidades u organismos públicos del estado ya sea directa o indirectamente.

Respecto de la contratación indirecta, el Consejo de Estado ha indicado que es la que se realiza por interpuesta persona y se configura mediante sociedades de personas de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad³. En otras palabras, señala la Corporación, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente, aparentemente, figure como tal, en realidad, no es la persona que lo celebra y ejecuta.

Finaliza el Consejo de Estado indicando que tal figura constituye un medio para obtener beneficios que de otra manera no podrían obtenerse o para eludir las inhabilidades o incompatibilidades en las que pueda estar incurso una persona determinada.

En ese sentido, en el evento que se utilice una empresa con el fin de eludir una inhabilidad, en criterio de esta Dirección Jurídica nos encontramos frente a la descripción realizada por el Consejo de Estado y en consecuencia, se colige que se encuentra inhabilitado para la suscripción de contratos.

2.- En atención al segundo interrogante de su escrito, referente a establecer si existe incompatibilidad para que un empleado público ejerza actividades de litigio, me permito indicar lo siguiente:

Con el fin de dar respuesta a su consulta se considera necesario estudiar la Ley 1123 de 2007⁴, para verificar si los abogados que se desempeñan como empleados públicos se encuentran inhabilitados para ejercer su profesión como abogados en el sector privado, al respecto es preciso señalar lo siguiente:

“ARTICULO 29. INCOMPATIBILIDADES. No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos:

1. Los servidores públicos, aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita. Pero en ningún caso los abogados contratados o vinculados podrán litigar contra la Nación, el departamento, el distrito o el municipio, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones.

PARÁGRAFO. Los abogados titulados e inscritos que se desempeñen como profesores de universidades oficiales podrán ejercer la profesión de la abogacía, siempre que su ejercicio no interfiera las funciones del docente. Así mismo, los miembros de las Corporaciones de elección popular, en los casos señalados en la Constitución y la ley.”

“(…)”

De acuerdo con lo previsto en la norma, los servidores públicos no podrán ejercer la abogacía, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo, cuando el respectivo contrato se los permita, en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones.

La Corte Constitucional en sentencia C-1004 del 22 de noviembre de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 29 numeral 1 parágrafo de la Ley 1123 de 2007, señaló:

“14.- Como se desprende de la lectura del artículo en mención, no pueden ejercer la profesión de abogacía - aun cuando se encuentren inscritas y en uso de licencia - aquellas personas que ostenten la calidad de servidores públicos. Lo establecido en el numeral primero del artículo 29 representa la regla general y tiene como destinatarios a los servidores públicos. El parágrafo, configura, entretanto, la excepción y se aplica a los servidores públicos que además sean docentes de universidades oficiales.

La regla general consiste, por consiguiente, en que a los servidores públicos no se les permite prima facie ejercer la profesión de abogacía, así estén debidamente inscritos y quieran hacerlo en uso de licencia. Únicamente pueden los servidores públicos ejercer la profesión de abogacía cuando deban hacerlo por función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permite. Se les prohíbe de manera terminante a los servidores públicos litigar contra la Nación, el Departamento, el Distrito o el Municipio dependiendo del ámbito de la administración a que se suscriba la entidad o el establecimiento al que estén vinculados estos servidores públicos. No obstante lo anterior, se permite a los servidores públicos litigar en causa propia y fungir como abogados de pobres.

15.- Puede afirmarse hasta aquí, que lo establecido en el numeral primero del artículo 29 cumple varios propósitos pero se orienta, en particular, a asegurar la dedicación exclusiva de los servidores públicos al ejercicio de sus funciones. Lo anterior concuerda con lo dispuesto, a su turno, por el numeral 11 del artículo 34 del Código Disciplinario Único de conformidad con el cual es deber de los servidores públicos “[d]edicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.” De este modo, se restringe el ejercicio privado de la profesión bajo la aplicación del principio de eficacia pero también en consideración de los principios de neutralidad e imparcialidad en el sentido de asegurar la dedicación exclusiva de los servidores públicos al ejercicio de sus funciones y, por otro lado, impedir que los servidores públicos profesionales de la abogacía - que estén debidamente inscritos - incurran en situaciones que puedan originar

conflictos de intereses.

(...)

17.- Respecto de la excepción prevista en el párrafo adicionado al numeral primero del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007 vale la pena recordar en este lugar, que el numeral analizado estaba incluido en el Estatuto de la Abogacía Decreto 196 de 1971 (numeral primero del artículo 39) y fue examinado y encontrado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-658 de 1996. También resulta preciso traer a la memoria cómo fue en el curso de la aprobación de la mencionada Ley 1123 en el Senado de la República, que se adicionó el numeral primero con un párrafo otorgándole de esa manera a las personas profesionales de la abogacía debidamente tituladas e inscritas la posibilidad de desempeñarse como profesores (as) de universidades oficiales y a un mismo tiempo ejercer la profesión de derecho bajo una condición: que ese ejercicio de la abogacía no interfiera en el desarrollo de sus funciones como docentes.

18.- Así las cosas, en el Acta de Comisión número 23 de noviembre 2 de 2005 aparece consignado que la Comisión Primera del Senado avocó el estudio del articulado en el texto que presenta el pliego de modificaciones. A renglón seguido, se presentó una proposición respecto del artículo 31 y el Senador Carlos Gaviria Díaz propuso adicionar el artículo 30 numeral 1º con un párrafo del siguiente tenor: “[l]os abogados titulados e inscritos que se desempeñen como profesores de universidades oficiales, podrán ejercer la profesión de la abogacía, siempre que su ejercicio no interfiera con las funciones de docente.” A renglón seguido, expuso el Senador las razones para incluir esa adición en el artículo 30 numeral 1 (hoy artículo 29 numeral 1).

Dijo el Senador Gaviria que esta adición era doblemente conveniente. De un lado, “los profesores de derecho ordinariamente (...) devengan un sueldo que no es suficiente para su supervivencia digna y de tiempo completo.” De otro lado, “es conveniente que especialmente los profesores que regentan ciertas cátedras, alimenten y enriquezcan su cátedra con el ejercicio de la profesión. Lo que sucede es que hay que reglamentarla de tal manera que no se interfiera con el compromiso que ha adquirido la respectiva universidad de ciertos entes de tiempo completo.” Y más adelante añadió: “Yo creo que esto es bastante razonable, yo propongo entonces, hago esta proposición aditiva, Párrafo del Numeral Primero del artículo 3.”

19.- De lo manifestado en la exposición de motivos resalta el interés por permitir a las personas profesionales de la abogacía que actúan como docentes de universidades oficiales ejercer su profesión. De esta manera, la ley persiguió varios objetivos. De una parte, incentivar la participación de personas profesionales del derecho en el ejercicio de la docencia en universidades públicas, ofreciéndoles la posibilidad de complementar sus ingresos con el ejercicio de la abogacía. De otra, enriquecer la docencia del derecho en las universidades oficiales con los conocimientos teóricos que poseen los abogados y las abogadas así como con la experiencia que ellos y ellas obtienen por medio de la práctica de su profesión.

(...)

21.- A las anteriores excepciones que se aplican a favor de todos (as) los (as) servidores (as) públicos (as) se agrega una excepción - prevista en el párrafo del numeral primero del artículo 29 - cuyas destinatarias son todas las personas profesionales de la abogacía tituladas e inscritas que se desempeñen como profesores (as) de universidades oficiales. La excepción que regula la norma demandada corresponde al desarrollo de la potestad de la Legislación para regir los distintos aspectos de la vida social y, en este caso específico, las faltas disciplinarias, sanciones y procedimiento a que se sujetan las personas profesionales de la abogacía.

Como lo mencionó la Corte en párrafos precedentes, el propósito del numeral 1º del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007 fue asegurar la dedicación exclusiva de los (las) servidores (as) públicos (as) al ejercicio de sus funciones y, en tal sentido, obtener una actuación eficaz y eficiente encaminada a garantizar la protección del interés general así como tendiente a impedir, en la medida de lo factible, producir situaciones de conflicto de intereses que pongan en riesgo la objetividad, imparcialidad e independencia con que debe obrar todo (a) servidor (a) público (a) sin que la norma establezca una camisa de fuerza para que en ciertas circunstancias, la persona que obra en calidad de servidora pública, que a la vez posee el título de profesional en abogacía, pueda litigar con algunas restricciones.

(...)

25.- Así las cosas, para la Corte tanto la prohibición como la excepción establecida por el legislador al ejercicio de la profesión de abogado por los servidores públicos está justificada desde el punto de vista constitucional. En el caso de los docentes universitarios que a su vez son profesionales de la abogacía no cabe duda que el litigio complementa y enriquece su desempeño como docentes de universidades oficiales y les proporciona un incentivo para permanecer en la docencia. En esa misma línea de pensamiento, asegura que las universidades públicas contarán con la presencia de profesionales que disponen de una preparación académica adecuada y sirve de puente para efectuar un enlace entre teoría y práctica lo cual resulta clave en la enseñanza del derecho.

26.- Por los motivos expuestos, encuentra la Corte que el ejercicio de la abogacía resulta ser compatible con el ejercicio de la docencia en universidades oficiales independientemente de cuál sea la modalidad en que estos profesionales de la abogacía se vinculen a la enseñanza en universidades oficiales. De acuerdo con lo establecido por el mismo párrafo del numeral 1º del artículo 29 del Código Disciplinario, sólo se excluirá esta posibilidad cuando el ejercicio de la abogacía interfiere con la actividad docente. Será del resorte de las Universidades Públicas en desarrollo de la autonomía que les reconoce el ordenamiento constitucional en el artículo 69 superior adoptar las provisiones encaminadas a impedir esas interferencias.”

De acuerdo con el análisis de la Corte Constitucional, históricamente se ha previsto la necesidad de restringir a las personas que ostentan la calidad de servidores públicos, el ejercicio privado de su profesión así como se les ha impedido ejercer más de un cargo público.

Lo anterior con el fin de asegurar la dedicación exclusiva de los servidores públicos al ejercicio de sus funciones, bajo la aplicación de los principios de eficacia, neutralidad e imparcialidad y también para impedir que los servidores públicos profesionales de la abogacía, que estén debidamente inscritos, incurran en situaciones que puedan originar conflictos de intereses.

Para todos los servidores públicos se prevén ciertas salvedades que de presentarse los habilitarían para ejercer su profesión de abogacía cuando: (a) lo deban hacer en función de su cargo; (b) el respectivo contrato se los permita; (c) litiguen en causa propia; (d) obren como abogados de pobres en ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, con el fin de determinar que se entiende por abogacía, se considera procedente acudir a lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-819 de 2010, del 13 de octubre de 2010, con ponencia del Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, donde indicó:

“5.- La función pública como incompatibilidad para el ejercicio de la abogacía

5.1.- La abogacía está amparada por la libertad de escoger profesión u oficio a que se ha hecho referencia. Pero al mismo tiempo su ejercicio involucra una función social con enormes responsabilidades [21]. Es así como en varias ocasiones la Corte ha explicado cuál es el rol que cumple el abogado en un Estado Social y Democrático de Derecho, cuyos principales ejes fueron recogidos en la Sentencia C-290 de 2008, que sobre el particular señaló [22]:

“La Corte ha considerado que el abogado ejerce su profesión principalmente en dos escenarios [23]: (i) por fuera del proceso, a través de la consulta y asesoría a particulares, y (ii) al interior del proceso, en la representación legal de las personas naturales o jurídicas que acuden a la administración de justicia para resolver sus controversias. (...)”

De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, la abogacía se ejerce en dos (2) escenarios a saber:

- 1.- Por fuera del proceso, a través de la consulta y las diferentes asesorías brindadas a los particulares,
- 2.- Al interior del proceso, en la representación legal de las personas naturales o jurídicas que acuden a la administración de justicia para resolver sus controversias.

De conformidad con lo expuesto, es posible concluir lo siguiente:

1.- Se considera que no pueden ejercer la abogacía incluso en el sector privado, los servidores públicos, aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita. Se aclara que en ningún caso los abogados contratados o vinculados podrán litigar contra la Nación, el departamento, el distrito o el municipio, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones.

2.- Por lo tanto, podemos concluir frente a su consulta, que los empleados públicos sin importar el nivel del cargo en el que se encuentre vinculado, se encuentran inhabilitados para ejercer la abogacía, incluso en el sector privado, de conformidad con lo señalado en la Ley 1123 de 2007, y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con las excepciones que fueron anteriormente citadas en este concepto.

En el evento de requerir mayor información respecto de las normas de administración de personal del sector público, podrá encontrar información en el siguiente link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, allí además encontrará conceptos relacionados con el tema objeto de su consulta, los cuales 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

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

Harold Herreño/JFCA/ GCJ-601

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *"por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"*
2. Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.
3. Sentencias del 2 de noviembre de 2001, expediente 2697; y del 30 de noviembre de 2001, expediente 2736.
4. *"por la cual se establece el código disciplinario del abogado"*

Fecha y hora de creación: 2024-10-22 13:59:46



Función Pública

Concepto 59101 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000059101

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000059101

Fecha: 27-02-2019 11:03 am

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidad por parte de un servidor público del INPEC que solicita una licencia ordinaria para celebrar contrato de prestación de servicios. RAD: 20199000034982 del 1º de febrero de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si como empleada de carrera del INPEC, durante una licencia ordinaria puede trabajar en la Contraloría General de la República del Norte de Santander a través de una orden de prestación de servicios, me permito informarle lo siguiente:

El Decreto [407](#) de 1994¹, frente a las licencias, dispone:

“ARTÍCULO 26. LICENCIA. Un funcionario del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, se encuentra en licencia, cuando transitoriamente se separe del ejercicio de su cargo, por solicitud propia, por enfermedad o por maternidad.

PARAGRAFO. Los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tienen derecho a licencias renunciables, sin sueldo hasta por sesenta (60) días al año, continuos o discontinuos. Si concurre justa causa, a juicio de la autoridad nominadora, la licencia puede prorrogarse hasta por treinta (30) días más, en el mismo año; el beneficiario podrá renunciar en cualquier momento a esta licencia.

Cuando la solicitud de licencia no obedezca a razones de fuerza mayor o caso fortuito, la autoridad nominadora decidirá sobre la oportunidad de concederla, teniendo en cuenta las necesidades del servicio.

Durante la licencia los funcionarios del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, no podrán ocupar otros cargos dentro de la Administración Pública.

(...)

La licencia no se computará para ningún efecto como tiempo de servicio. (Subrayado fuera de texto).

Conforme con esta disposición, la licencia no remunerada es una situación administrativa en la cual se puede encontrar un empleado público del INPEC por solicitud propia, que no rompe el vínculo laboral, y cuya consecuencia para el servidor es la no prestación del servicio y para la Administración el no pago de los salarios y de las prestaciones sociales durante su término; que tal y como queda establecido, puede ser hasta por 60 días al año, y puede ser prorrogada si ocurre justa causa a juicio de la autoridad competente.

De igual forma, la disposición citada establece que durante el tiempo de la licencia NO pueden desempeñarse otros cargos dentro de la administración pública.

De otro lado, respecto a la viabilidad de suscribir una orden o contrato de prestación de servicios con la Contraloría General de la República durante el tiempo de la licencia ordinaria o licencia no remunerada, me permito indicarle:

La Constitución Política, establece:

“ARTICULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

“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. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

Así mismo, la Ley 734 de 2002², señala:

“ARTÍCULO 35. *Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:*

(...)

14. Desempeñar simultáneamente más de un empleo público o 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. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas.

(...)”.

A su vez, en materia de contratación, la Ley 80 de 1993³ establece:

“ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos.

-

(...)

En igual sentido, el artículo 19 del Decreto 407 de 1994, en relación con las incompatibilidades de los empleados del INPEC, establece:

“ARTÍCULO 19. INCOMPATIBILIDADES.

1. (...)

2. (...)

3. Durante la licencia no remunerada los empleados, no podrán ocupar otros cargos dentro de la administración pública. Esta licencia no se computará para ningún efecto como tiempo de servicio.

(...)

5. Ningún funcionario del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.” (Subrayado fuera de texto)

-

De conformidad con las normas anteriormente citadas, para el caso en consulta, y en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que un empleado del INPEC, que se encuentre en la situación administrativa de licencia no remunerada, no podrá durante el término de la misma desempeñar otro empleo en entidades del Estado, así como tampoco podrá contratar con otras entidades, como sería el caso de la Contraloría General de la República, ya que estaría inmerso en la prohibición consagrada en el artículo 127 de la Constitución, en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en el artículo 8º numeral 1º literal f) de la Ley 80 de 1993, y en el régimen de incompatibilidades para los empleados del INPEC establecido en el Decreto 407 de 1994, art. 19, toda vez que en uso de licencia el empleado no pierde la calidad de servidor público.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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,

JOSÉ FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

Claudia Inés Silva/JFCA

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC"
2. "por la cual se expide el Código Disciplinario Único"
3. "por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"

Fecha y hora de creación: 2024-10-22 14:03:26



Función Pública

Concepto 59171 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000059171

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000059171

Fecha: 27-02-2019 11:11 am

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Los servidores públicos no pueden contratar con el Estado. Radicación No. 20199000050942 del 12 de febrero de 2019.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si existe alguna inhabilidad para que un miembro de la Policía Nacional suscriba contrato con la Registraduría Municipal de Achí, me permito manifestarle lo siguiente:

La Constitución Política señala en su artículo 127:

“ARTÍCULO 127.- Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 2 de 2004. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales...”

Nótese que la norma supralegal no hace diferencia respecto al tipo de entidad pública; esto quiere decir que la prohibición contempla a todas las entidades estatales, sean éstas del nivel nacional, departamental o municipal.

Por su parte, la Ley 80 de 1993, “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 8º.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos.

(...)"

Ahora bien, la Policía Nacional, junto con las Fuerzas Militares, integra la fuerza pública de la nación. Es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. Sus miembros, como parte integral del Estado Colombiano, son servidores públicos y, en tal virtud, las prohibiciones constitucionales y legales aplicables a este género son, en consecuencia, aplicables a los miembros de la Policía Nacional, incluyendo al personal uniformado.

De acuerdo con las anteriores normas, es claro que los servidores públicos, como es el caso del personal uniformado de la Policía Nacional, se encuentran inhabilitados para celebrar contratos con las entidades públicas, ya sea directa o indirectamente.

Ahora bien, respecto de los contratos estatales, la Ley 80 de 1993 señala lo siguiente:

"ARTÍCULO 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)."

De acuerdo con la anterior norma, se consideran contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades públicas, entre ellos, un contrato de arrendamiento.

Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que por disposición Constitucional y Legal los servidores públicos, como es el caso del personal uniformado de la Policía Nacional, se encuentran inhabilitados para celebrar contratos estatales con las entidades u organismos públicos de cualquier nivel.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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,

JOSÉ FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

CISP/JFCA

12602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-10-22 11:20:25



Concepto 115131 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

20156000115131

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000115131

Fecha: 09/07/2015 02:40:12 p.m.

Bogotá D.C.

Ref.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿El servidor público puede ejercer la docencia? Rad. 20152060101112 del 29 de mayo de 2015

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre los parámetros para ejercer la docencia por parte de un servidor público, me permito manifestar lo siguiente:

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. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas."

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

"ARTÍCULO 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados.

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

La Corte Constitucional en Sentencia C-133 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA, mediante la cual se declara la exequibilidad del artículo 19 de la ley 4ª de 1992, relativo a las excepciones a la prohibición constitucional de desempeñar más de un empleo público y percibir más de una asignación del tesoro público- art. 128 C.P., expresó:

"Si bien es cierto que en el artículo 128 C.P. se consagra una incompatibilidad, no lo es menos que ésta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales; basta ver que en ella se prohíbe la concurrencia de dos o mas cargos públicos en una misma persona, tanto como recibir mas de una asignación que provenga del erario público. El término "asignación" comprende toda clase

de remuneración que emane del tesoro público, llámese sueldo, honorario, mesada pensional, etc. Siendo así, bien podía el legislador ordinario establecer dicha incompatibilidad dentro de la citada Ley 4a. de 1992, sin contrariar mandato constitucional alguno. Aún en el remoto caso de que se hubiere concluido que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los funcionarios públicos debía ser regulado por medio de ley ordinaria, el artículo 19, objeto de acusación, tampoco sería inconstitucional, por cuanto el legislador estaba perfectamente facultado para hacerlo." (Subrayado fuera de texto)

Aunado a lo anterior, la Ley 734 de 2002, "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único", en su artículo 35, consagra:

"ARTICULO 35. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido:

(...)

27. Ejercer la docencia, dentro de la jornada laboral, por un número de horas superior al legalmente permitido.

(...)"

"ARTÍCULO 40. LOS DEBERES. Son deberes de todo servidor público:

(...)

11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales. (...)". (Subrayado fuera de texto)

El Consejo de Estado en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de Agosto 27 de 1996, Consejero Ponente ROBERTO SUAREZ FRANCO, No. de Rad.: 880-96, expresó:

"La ley 30 de 1992 excluye a los profesores de cátedra como empleados públicos o trabajadores oficiales y la ley 4a. de 1992 les autoriza para recibir honorarios aunque simultáneamente perciban otra asignación por parte del Estado.

4. Por su parte la Corte Constitucional en sentencia C-006-96 de enero 18 de 1996, ha sostenido:

"...Estos profesores de cátedra tienen también una relación laboral subordinada, por cuanto cumplen una prestación personal de servicio, igual a la que realizan los profesores de tiempo completo, de medio tiempo o los llamados ocasionales a que se refiere el artículo 74. Ellos devengan una remuneración por el trabajo desempeñado y están sujetos a una subordinación como se les exige a los otros, como horarios, reuniones, evaluaciones, etc. contemplados en el reglamento.

Entonces frente a esta similar situación de hecho que identifica la misma relación de trabajo subordinado de estos servidores públicos, debe corresponderles el mismo tratamiento en cuanto a prestaciones sociales, que deben pagárseles proporcionalmente al trabajo desempeñado. Otro tratamiento desconocería el principio de igualdad y de justicia y sería evidentemente discriminatorio. Por tanto se declarará también la inexecutable por unidad normativa del aparte del artículo 73 de la misma ley".

Lo anterior quiere decir que quienes laboran como profesores de cátedra lo hacen con fundamento en una relación laboral que causa, además de la remuneración correspondiente, las prestaciones sociales respectivas por el trabajo desempeñado. (...)". (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con las normas citadas se infiere que la Constitución Política consagra una prohibición general conforme a la cual nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, prohibición sujeta a las excepciones consagradas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992.

En este orden de ideas, un servidor público podrá tener dos vinculaciones sólo cuando una de ellas sea en la modalidad de Hora Cátedra, que en virtud de la misma devengue honorarios y que no interfiera con su jornada laboral, como quiera que de conformidad con el artículo 40 de la Ley 734 de 2002 todo servidor público está obligado a dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.

Al respecto, el Consejo de Estado en concepto 1508 de agosto 12 de 2003 de la Sala de Consulta y Servicio Civil Consejero ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO, preceptuó:

"Entonces, corresponde a la ley determinar el número de horas de ejercicio de la docencia. Sin embargo, si la ley, por olvido involuntario, no señaló el término máximo de la autorización conferida, en aplicación de los principios de "igualdad" y el de "donde hay una misma razón debe existir una misma disposición", la Sala considera que puede acudirse al efecto útil de las normas y, por tanto, buscar en la normatividad vigente un límite razonable de horas para que, en el caso materia de consulta, se dé la posibilidad del ejercicio de la docencia.

(...)

1. La ley 734 del 2002 permite ejercer la docencia dentro de la jornada laboral, dentro del límite legalmente permitido. Como no existe norma expresa a este respecto, en el caso de los servidores de la rama ejecutiva del poder público, por analogía puede acudirse a lo regulado por la ley 270 de 1996, art. 151, parágrafo 2º. en el caso de los empleados de la rama judicial. (...)". (Subrayado fuera de texto)

La referida Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, establece:

“ARTICULO 151. INCOMPATIBILIDADES PARA EJERCER CARGOS EN LA RAMA JUDICIAL. Además de las provisiones de la Constitución Política, el ejercicio de cargos en la Rama Judicial es incompatible con:

(...)

PARÁGRAFO 2. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial podrán ejercer la docencia universitaria en materias jurídicas hasta por cinco horas semanales siempre que no se perjudique el normal funcionamiento del despacho judicial. Igualmente, con las mismas limitaciones, puede realizar labor de investigación jurídica e intervenir a título personal en congresos y conferencias.” (Subrayado fuera de texto)

En consecuencia, aun cuando se encuentren satisfechos los requisitos anteriormente señalados, los servidores públicos únicamente podrán ejercer la docencia universitaria dentro de su jornada laboral siempre que ella no supere el máximo de cinco horas semanales y no se afecte la prestación del servicio.

Cabe anotar a manera de información, que la Ley 30 de 1992, establece únicamente la hora cátedra para docentes de universidades del Estado y de otras instituciones de educación superior estatales u oficiales.

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

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON

Directora Jurídica

Mónica Herrera/CPHL

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2024-10-22 11:50:56



Concepto Sala de Consulta C.E. 1777 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

EMPLEADO PUBLICO - Nombramiento es acto condición / EMPLEADO PUBLICO - Nombramiento y posesión lo sujeta automáticamente al régimen salarial y prestacional vigente al ingreso / NOMBRAMIENTO DE EMPLEADO PUBLICO - Acto condición. Define régimen salarial y prestacional vigente al ingreso

El acto de nombramiento de un empleado público es un acto condición y, en tal virtud, el ingreso al servicio implica el sometimiento al régimen salarial y prestacional establecido en la ley y los decretos reglamentarios. Por ende, el servidor tiene una sujeción al status legal o reglamentario general o especial que corresponda y se coloca indefectiblemente en la situación jurídica allí prevista. (...) La regla general es que el salario y las prestaciones sociales se fijan en atención al empleo o cargo y no a las condiciones particulares de cada servidor. Por ello el artículo 7º del decreto 2400 de 1968 precisó dentro de los derechos del empleado el de “percibir puntualmente la remuneración que para el respectivo empleo fije la ley”. (...) Así, resulta evidente que el nombramiento y posesión de una persona en un cargo público la coloca en el status de empleado público, con sujeción automática al régimen salarial y prestacional vigente al momento del ingreso, que además de ser el preestablecido por el legislador y por el gobierno nacional según sus competencias, es de carácter general e impersonal.

FUENTE FORMAL: LEY 4 DE 1992 - ARTICULO 2 / DECRETO 2400 DE 1968 - ARTICULO 7 / LEY 909 DE 2004 - ARTICULO 19

AUXILIO DE CESANTIA -Concepto. Evolución normativa / CESANTIAS - Concepto. Evolución normativa / CESANTIAS RETROACTIVAS - Concepto. Marco legal / CESANTIAS ANUALIZADAS CON INTERESES - Concepto. Marco legal

“El auxilio de cesantía se concibe como un derecho del trabajador de creación legal, originado en los servicios subordinados que se prestan al empleador, que tiene como objeto básico y primordial cubrir el infortunio en que aquél se puede ver enfrentado por desocupación, al perder su empleo, sin perjuicio del pago de avances para las finalidades establecidas en el ordenamiento jurídico; desde esta perspectiva, es un ahorro que constituye una prestación social”. Su evolución puede concretarse así: 2.1.1. El régimen retroactivo de cesantías, que consiste en que esta prestación se liquida con base en el último salario devengado, a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios, se consagra claramente en los artículos 17 de la ley 6ª de 1945 y 1º del decreto 2567 de 1946. (...) 2.1.2.- El régimen retroactivo de cesantías cesó en la rama ejecutiva del poder público del orden nacional por virtud del decreto ley 3118 de 1968 que dispuso la liquidación anual de la prestación y reconoció intereses a las mismas. A partir de la vigencia de este decreto los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional liquidan las cesantías de sus empleados año por año, sin que se hubiere dispuesto ningún régimen de transición para quienes venían disfrutando de cesantías retroactivas. Teniendo en cuenta que el decreto 3118 de 1968 reguló exclusivamente el régimen de cesantías de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, los empleados del orden territorial mantuvieron el reconocimiento y pago retroactivo de tal prestación, conforme a las normas que lo establecieron. Con la entrada en vigor de la ley 344 (de 1996) se proscribió el pago retroactivo de cesantías en todos los órdenes del sector público, sin perjuicio de los derechos de quienes lo venían disfrutando, como quedó precisado. El personal uniformado de las fuerzas militares y de la policía nacional mantuvo su régimen. (...) 2.1.6. El decreto 1582 de 1998 contempló que los servidores públicos del nivel territorial podían afiliarse a los fondos privados de cesantías - ley 50 de 1990 - o al Fondo Nacional de Ahorro.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el concepto del auxilio de cesantías, Consejo de Estado, Sala de Consulta, concepto 1448 de 2002. Sobre los servidores vinculados antes de la Ley 344 de 1996 que mantenían el régimen retroactivo de cesantías, Corte Constitucional, sentencia C-428 de 1997.

FUENTE FORMAL: LEY 6 DE 1945 - ARTICULO 17 / DECRETO 2567 DE 1946 - ARTICULO 1 / DECRETO LEY 3118 de 1968 / LEY 33 DE 1985 - ARTICULO 7 / LEY 344 DE 1996 - ARTICULO 13 / DECRETO 1582 DE 1998

CESANTIAS RETROACTIVAS - Servidores públicos que conservan este régimen

Tal como se desprende de la evolución normativa en la actualidad el régimen de reconocimiento y pago de cesantías retroactivas beneficia a los servidores públicos de: a).- La rama judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y la Registraduría Nacional del Estado Civil vinculados con anterioridad a la vigencia de la ley 33 de 1985. b).- Las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas, vinculados antes de la expedición de la ley 344 de 1996. Reitera la Sala que los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional dejaron de disfrutar del sistema en mención desde la expedición y vigencia del decreto 3118 de 1968. El decreto 1252 de 2000 dispuso que “los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional”.

FUNCION PUBLICA - Movilidad en el servicio / EMPLEO PUBLICO - Cambio: circunstancias que pueden originarlo

La movilidad en el servicio tiene diferentes variables dependiendo de que el servidor público se encuentre escalafonado, en provisionalidad o desempeñando un cargo de libre nombramiento y remoción. Este movimiento puede ser voluntario, como acontece en los casos de renuncia para aceptar otro cargo una vez se ha superado un concurso en la misma u otra entidad o por ascenso; por razones del servicio, en caso de reincorporación por supresión de empleos originada en la reestructuración de entidades, o por comisión de un empleado de carrera para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción; o por factores externos, como acontece con la reubicación por desplazamiento.

EMPLEADO PUBLICO - Régimen de cesantías ante cambio de empleo: Diferentes hipótesis / CESANTIAS RETROACTIVAS - Conservación o pérdida del régimen ante cambio de empleo

1. y 2.- El régimen de cesantías de un empleado del nivel nacional o territorial, vinculado mediante nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó y fue nombrado en período de prueba y posteriormente es inscrito en carrera administrativa en el empleo que ha ejercido mediante nombramiento provisional o en empleo distinto, es el mismo que traía, siempre y cuando no exista rompimiento de la relación laboral y solución de continuidad en la prestación del servicio. 3.- El régimen de cesantías del empleado con nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que es nombrado, previo concurso, en un empleo diferente al que viene ocupando en otra entidad de la rama ejecutiva, es el previsto para el nuevo cargo. 4.- El empleado de carrera con régimen de cesantías retroactivo que por concurso y/o ascenso cambió de empleo dentro de la misma entidad, continúa bajo el régimen de cesantías con liquidación retroactiva, hasta la desvinculación de la entidad. 5. y 6- El empleado de carrera administrativa con régimen de cesantías retroactivo, que por concurso (ascenso) cambia de empleo en otra entidad regida por la ley 909 de 2004, tiene derecho al régimen de cesantías previsto en la nueva entidad, así como al régimen salarial y prestacional de ésta. 7.- El régimen salarial y prestacional que aplica a un empleado del nivel profesional o asesor de la planta global que participó en un concurso para un cargo de la misma entidad y de los mismos niveles pero diferente al que viene ocupando, es el previsto para el nuevo cargo. Excepcionalmente, si la persona está amparada por el régimen de cesantías retroactivas, lo conserva siempre y cuando no haya rompimiento de la relación laboral con la respectiva entidad. Los empleados del nivel profesional o asesor de la planta global de una entidad que cambiaron de empleo por concurso, pierden el derecho a seguir percibiendo la prima, dado que el nuevo cargo no la tiene asignada. 8., 9, 10, 11 y 12 - El empleado público de carrera que tiene derecho al régimen retroactivo de cesantías y se le concede comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción en la misma entidad conserva su derecho. En esta hipótesis la prestación se debe liquidar con base en el salario del último cargo. El derecho al régimen retroactivo de cesantías se suspende para el empleado público de carrera que se le concede comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción en otra entidad. La liquidación de las cesantías retroactivas se debe hacer tomando en consideración la asignación prevista para el cargo de carrera. Durante el tiempo que dure la comisión en el cargo de libre nombramiento y remoción se le deben reconocer y pagar cesantías anualizadas. 13.- El empleado público de carrera cuyo cargo fue suprimido tiene derecho a ser reincorporado a un empleo igual o equivalente al que venía desempeñando, con el régimen salarial y prestacional de este cargo. El empleado público de carrera que es desplazado tiene derecho a ser reubicado en un cargo igual o equivalente al que venía desempeñando.

NOTA DE RELATORIA: Levantada la reserva legal con auto de 9 de diciembre de 2010.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil seis (2006)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2006-00095-00(1777)

Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA

Referencia: Régimen salarial y prestacional de empleados públicos que cambian de empleo por: (i) comisión de servicios, (ii) reubicación por desplazamiento, (iii) reincorporación como consecuencia de la supresión de empleos y (iv) concurso

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública formula consulta a la Sala en relación con el régimen salarial y prestacional aplicable a los empleados públicos que por razones de su participación en un concurso de méritos, por comisión de servicios, por desplazamiento o por supresión del empleo, pasan a ocupar otro empleo público con un régimen distinto. Concretamente pregunta:

"1.- Cuál es el régimen de cesantías de un empleado del nivel nacional o territorial, vinculado mediante nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó y fue nombrado en período de prueba y posteriormente es inscrito en carrera administrativa en el mismo empleo que ha ejercido mediante nombramiento provisional?

2.- Cuál es el régimen de cesantías de un empleado del nivel nacional o territorial vinculado mediante nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó en un empleo diferente al que viene ocupando en la misma entidad, supera el concurso y es nombrado en período de prueba y posteriormente inscrito en carrera?

3.- Cuál es el régimen de cesantías del empleado con nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó en un empleo diferente al que viene ocupando en otra entidad de la rama ejecutiva, supera el concurso y es nombrado en período de prueba y posteriormente inscrito en carrera?

4.- Si bien las normas que regulan la liquidación de cesantías con liquidación retroactiva no contempla (sic) la solución de continuidad, en virtud del artículo 2º del decreto 1252 de 2000 y por tratarse de un ascenso dentro de la carrera administrativa, se pregunta: ¿el empleado de carrera con régimen de cesantías retroactivo que mediante ascenso cambio de empleo dentro de la misma entidad, continúa bajo el régimen de cesantías con liquidación retroactiva, hasta la desvinculación de la entidad?

5.- ¿Cuál es el régimen de cesantías del empleado de carrera administrativa con régimen de cesantías retroactivo, que mediante ascenso cambia de empleo en otra entidad regida por la ley 909 de 2004?

6.- ¿Cuál es el régimen salarial y prestacional que aplica a un empleado que participó a un cargo de otra entidad nacional o territorial con régimen salarial y prestacional diferente? ¿El empleado conserva el régimen que venía percibiendo o por tratarse de una nueva vinculación, por cuanto media un nombramiento en período de prueba, debe someterse al régimen salarial y prestacional de la entidad a la cual se vincula?.

7.- ¿Cuál es el régimen salarial y prestacional que aplica a un empleado del nivel profesional o asesor de la planta global que participó a un cargo de la misma entidad y de los mismos niveles pero diferente al que viene ocupando? ¿conserva la prima técnica que se le había otorgado cuando era viable concederla a empleados del nivel profesional y asesores de la planta global?

8.- Un empleado público de carrera que tiene derecho al régimen retroactivo de cesantías y es nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción de la misma entidad o de otra entidad y al cual se le confiere comisión para desempeñar dicho empleo, al tomar posesión del empleo de libre nombramiento y remoción mantiene el régimen de cesantías retroactivas o se suspende su relación laboral como empleado de carrera y pasa al régimen de cesantías anualizado?

9.- ¿Qué sucede con sus cesantías retroactivas cuando se retire del empleo de libre (nombramiento y remoción) y se devuelva al de carrera?

10.- ¿En el evento que el empleado solicite un pago parcial de cesantías encontrándose desempeñando el cargo de libre nombramiento y remoción, con qué salario se deben liquidar?

11.- El salario del empleo ejercido mediante comisión para ejercer el empleo de libre nombramiento y remoción, debe tenerse en cuenta para la liquidación de cesantías en el régimen retroactivo?

12.- O contrario al punto anterior, el último sueldo o jornada (sic) devengado, a que hace alusión el artículo 6º del decreto 1160 de 1947, debe entenderse como el propio del empleo que da derecho a gozar del régimen de cesantías retroactivo?

13.- Al ser el empleado público de carrera reincorporado en otro empleo del nivel nacional o territorial, por razón de la supresión de su cargo o por razones de desplazamiento, qué régimen salarial y prestacional se les debe aplicar? ¿el que rige en la entidad donde se encontraba vinculado o el de la nueva entidad donde es reintegrado?"

La Sala considera

Corresponde a la Sala dilucidar cuál es el régimen salarial y prestacional del empleado público- en provisionalidad o en carrera - que cambia de empleo - dentro de la misma entidad o en entidad diferente - por concurso, ascenso, comisión de servicios, reubicación por desplazamiento y/o reincorporación por supresión de cargo. La mayoría de los interrogantes inquieran si los servidores públicos que gozan de cesantías retroactivas y mudan de cargo por las referidas situaciones, conservan la retroactividad de las mismas o su régimen corresponde al del nuevo empleo. Para darle solución a los problemas jurídicos planteados la Sala parte de varias premisas:

1.- El nombramiento de empleados públicos es un acto condición y por ende su régimen salarial y prestacional es fijado por el ordenamiento jurídico.

2.- El régimen salarial y prestacional de los empleados públicos puede ser modificado, razón por la cual para proteger los derechos adquiridos y mantener las condiciones laborales, el legislador prevé regímenes de transición, como ocurre en el caso de las cesantías.

3.- Los empleados públicos pueden cambiar de empleo, por diferentes causas, con solución o no de continuidad en la prestación del servicio, ya sea en la misma entidad o en otra, variables que se interrelacionan entre sí, y determinan sus derechos en materia salarial y prestacional.

4.- Por regla general, el régimen salarial y prestacional aplicable a los servidores públicos es el estatuido para el nuevo empleo; sin embargo, en ocasiones, puede mantenerse el régimen anterior por las causales previstas por el legislador.

1.- El nombramiento de empleados públicos es un acto condición y por ende su régimen salarial y prestacional es fijado por el ordenamiento jurídico.

El acto de nombramiento de un empleado público es un acto condición y, en tal virtud, el ingreso al servicio implica el sometimiento al régimen salarial y prestacional establecido en la ley y los decretos reglamentarios. Por ende, el servidor tiene una sujeción al status legal o reglamentario general o especial que corresponda y se coloca indefectiblemente en la situación jurídica allí prevista.

Por ello, en armonía con lo dispuesto por el artículo 150.19.e) de la Constitución Política, la ley 4ª de 1992, que establece las normas, objetivos y criterios para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y de otros servidores, prevé que : (i) el régimen salarial y prestacional está dado en atención al empleo, a su nivel, su estructura, a la naturaleza de las funciones, de las responsabilidades y calidades exigidas para su desempeño - art. 2º -; (ii) para cada cargo o categoría de cargos se fija una escala y tipo de remuneración - art. 3º -; (iii) para fijar el régimen salarial y prestacional el Gobierno Nacional debe tener en cuenta, entre otros objetivos y criterios, el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado; la sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal; la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad - art. 2º ibídem-

En síntesis, la regla general es que el salario y las prestaciones sociales se fijan en atención al empleo o cargo y no a las condiciones particulares de cada servidor. Por ello el artículo 7º del decreto 2400 de 1968 precisó dentro de los derechos del empleado el de “percibir puntualmente la remuneración que para el respectivo empleo fije la ley”¹ De esta manera y como lo consagra el artículo 19 de la ley 909 de 2004, es claro que los elementos de la noción de empleo público constituyen el núcleo básico de la estructura de la función pública.

Siguiendo a Gaston Jèze, puede afirmarse, entonces, que el acto de nombramiento de un empleado público “es un acto condición de aplicación a un individuo de un status legal o reglamentario, de una situación jurídica general e impersonal, es una manifestación de voluntad que tiene por objeto jurídico colocar a un individuo en una situación jurídica impersonal, o de regularizar el ejercicio de un poder legal (...)”²

Así, resulta evidente que el nombramiento y posesión de una persona en un cargo público la coloca en el status de empleado público, con sujeción automática al régimen salarial y prestacional vigente al momento del ingreso, que además de ser el preestablecido por el legislador y por el gobierno nacional según sus competencias, es de carácter general e impersonal.

2.- El régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y la protección de los derechos adquiridos sin desmejora de las condiciones laborales mediante la adopción de regímenes de transición. El caso concreto de las cesantías.

Por su propia naturaleza, el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos no es intangible y por tanto puede ser variado, por razones como la sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal; la racionalización y disponibilidad de los recursos públicos y las limitaciones presupuestales de cada organismo o entidad - art. 2º, numerales h) e i) de la ley 4ª de 1992 -³.

Sin embargo, como una vez vinculado el empleado a la administración entra a gozar de los derechos constitucionales y legales previstos, entre otras disposiciones, en el artículo 53 de la Carta y en la ley 4ª de 1992 - dentro de los cuales se destacan los derechos adquiridos, la no desmejora de salarios y prestaciones sociales y el respeto a la carrera administrativa -, el ordenamiento jurídico establece regímenes de transición que permiten armonizar la necesidad de mutabilidad del régimen salarial y prestacional con los derechos adquiridos de los empleados públicos.

2.1. Caso concreto de las cesantías. El régimen de cesantías ha presentado cambios en tanto del régimen de cesantías retroactivas se pasó al de cesantías anualizadas con intereses.

“El auxilio de cesantía se concibe como un derecho del trabajador de creación legal, originado en los servicios subordinados que se prestan al empleador, que tiene como objeto básico y primordial cubrir el infortunio en que aquél se puede ver enfrentado por desocupación, al perder su empleo, sin perjuicio del pago de avances para las finalidades establecidas en el ordenamiento jurídico; desde esta perspectiva, es un ahorro que constituye una prestación social”⁴. Su evolución puede concretarse así:

2.1.1. El régimen retroactivo de cesantías, que consiste en que esta prestación se liquida con base en el último salario devengado, a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios, se consagra claramente en los artículos 17 de la ley 6ª de 1945 y 1º del decreto 2567 de 1946. Esta

última norma dispuso:

“El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la nación, los departamentos y los municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses.”

Como lo precisó esta Sala en Consulta 1448 de 2002, el régimen de cesantías previsto en las anteriores normas “(...) tenía carácter retroactivo y, en tal virtud, se tenía en cuenta el último sueldo devengado por el servidor público para efectos de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicios⁵. De esta manera, el pago efectuado siempre era actualizado, pero no en proporción a lo realmente devengado por el servidor por cada año de servicios, lo que causó un desequilibrio en el sistema, sin perjuicio de que el mismo fuera, en principio, más favorable para el trabajador; y se dice en principio porque se parte del supuesto que el trabajador día a día podría mejorar su situación laboral y, por ende, su salario, lo cual no siempre ocurre”.

La ley 65 de 1946, artículo 1º, y el decreto 1160 de 1947, artículo 1º, extendieron el beneficio de las cesantías retroactivas a los trabajadores de los departamentos y municipios y de las antiguas intendencias y comisarias. Se contempló además que el pago de cesantías definitivas procedía cuando operaba el retiro del empleado del servicio.

2.1.2.- El régimen retroactivo de cesantías cesó en la rama ejecutiva del poder público del orden nacional por virtud del decreto ley 3118 de 1968⁶ que dispuso la liquidación anual de la prestación y reconoció intereses a las mismas. A partir de la vigencia de este decreto los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional liquidan las cesantías de sus empleados año por año, sin que se hubiere dispuesto ningún régimen de transición para quienes venían disfrutando de cesantías retroactivas.

Teniendo en cuenta que el decreto 3118 de 1968 reguló exclusivamente el régimen de cesantías de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, los empleados del orden territorial mantuvieron el reconocimiento y pago retroactivo de tal prestación, conforme a las normas que lo establecieron⁷.

2.1.3. La ley 33 de 1985 – art. 7º - dispuso que las entidades que a la fecha de vigencia de la ley pagaban cesantías a través de la Caja Nacional de Previsión, asumirían directamente el pago de dicha prestación. De otra parte, los servidores de la rama judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil vinculados a partir del 1º de enero de 1985 quedaron sometidos al régimen de liquidación anual con intereses de las cesantías previsto en el decreto 3118 de 1968⁸. Quienes venían vinculados a esas entidades conservaron el régimen de pago retroactivo de cesantías.

2.1.4. Como se anotó los servidores de las entidades territoriales mantuvieron el régimen retroactivo luego de la expedición del decreto 3118 de 1968 que nada proveyó al respecto. Pero la ley 344 de 1996⁹ ordenó que las personas que se vinculen a partir de su vigencia “a todos los órganos y entidades del Estado” se regirán por el sistema de liquidación anual de cesantías - art. 13¹⁰.

Respecto de los servidores vinculados con anterioridad a la vigencia de la ley 344 se mantuvo el régimen retroactivo de cesantías, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-428 de 1997. Allí se precisó:

“Con la salvedad hecha sobre beneficios incontrovertibles para los trabajadores, los cambios que contemple la nueva legislación únicamente pueden hacerse obligatorios para las relaciones laborales futuras, es decir, las que se entablen después de haber entrado aquélla en pleno vigor, y, en consecuencia, excepto el caso de anuencia expresa y enteramente voluntaria del trabajador afectado, no es admisible cobijar bajo las nuevas disposiciones las situaciones jurídicas nacidas a partir de vínculos de trabajo que se venían ejecutando al producirse la reforma. Respecto de ellas, el único que puede optar por incorporarse al régimen posterior, pudiendo permanecer en el antiguo, es el empleado, libre de toda coacción externa y bajo el supuesto de su mejor conveniencia.”

De esta manera con la entrada en vigor de la ley 344 se proscribió el pago retroactivo de cesantías en todos los órdenes del sector público, sin perjuicio de los derechos de quienes lo venían disfrutando, como quedó precisado. El personal uniformado de las fuerzas militares y de la policía nacional mantuvo su régimen¹¹

2.1.5. No obstante que en la rama ejecutiva del orden nacional a partir del decreto 3118 se eliminó el sistema de pago retroactivo de cesantías sin haberse dispuesto la continuidad respecto de quienes lo venían gozando, el artículo 5º de la ley 432 de 1998¹² reiteró ese mandato de afiliación obligatoria de tales servidores y autorizó la afiliación voluntaria de otros servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Al respecto previó el parágrafo de dicha norma:

“En los casos en que los servidores públicos tengan régimen de retroactividad en las cesantías, el mayor valor será responsabilidad de la entidad empleadora.”¹³

En relación con el pago de las cesantías, la responsabilidad del Fondo Nacional de Ahorro se limitó al monto de los aportes efectivamente consignados por las entidades obligadas a su pago y a los intereses - art. 13 -

2.1.6. El decreto 1582 de 1998¹⁴ contempló que los servidores públicos del nivel territorial podían afiliarse a los fondos privados de cesantías - ley 50 de 1990 - o al Fondo Nacional de Ahorro. “Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6º de la ley 432 de 1998.” - parágrafo del artículo 1º

2.1.7. Tal como se desprende de la evolución normativa en la actualidad el régimen de reconocimiento y pago de cesantías retroactivas beneficia a los servidores públicos de:

- a).- La rama judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y la Registraduría Nacional del Estado Civil vinculados con anterioridad a la vigencia de la ley 33 de 1985.
- b).- Las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas, vinculados antes de la expedición de la ley 344 de 1996.

Reitera la Sala que los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional dejaron de disfrutar del sistema en mención desde la expedición y vigencia del decreto 3118 de 1968.

El decreto 1252 de 2000¹⁵ dispuso que “los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional”.

3.- Efectos salariales y prestacional con ocasión del cambio de empleo.

La movilidad en el servicio tiene diferentes variables dependiendo de que el servidor público se encuentre escalafonado, en provisionalidad o desempeñando un cargo de libre nombramiento y remoción.

Este movimiento puede ser voluntario, como acontece en los casos de renuncia para aceptar otro cargo una vez se ha superado un concurso en la misma u otra entidad o por ascenso; por razones del servicio, en caso de reincorporación por supresión de empleos originada en la reestructuración de entidades, o por comisión de un empleado de carrera para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción; o por factores externos, como acontece con la reubicación por desplazamiento.

Para el análisis del presente asunto la Sala tendrá en cuenta, además, si existe solución de continuidad en la prestación del servicio, si hay terminación del vínculo laboral, si se cambia o no de entidad y si hay lugar al reconocimiento de derechos adquiridos, advirtiendo que las situaciones son variadas y que por tanto el criterio expuesto es necesariamente general.

Debe destacarse que algunos de los interrogantes encuentran solución clara en la ley y en otros se detectan lagunas normativas o preceptos de textura abierta que merecerán estudio especial bajo el supuesto de que por regla general el régimen salarial y prestacional por cambio de empleo es el del cargo que entra a desempeñarse; sin embargo, no siempre se varía el régimen prestacional, puesto que en algunas oportunidades, por especial protección del ordenamiento jurídico, debe supeditarse tal situación al cambio de entidad, o al retiro definitivo del servicio, o a la causa que origina el movimiento de personal.

4. Preguntas concretas

4.1.- Cuál es el régimen de cesantías de un empleado del nivel nacional o territorial, vinculado mediante nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó y fue nombrado en período de prueba y posteriormente es inscrito en carrera administrativa en el mismo empleo que ha ejercido mediante nombramiento provisional?

Ya dejó la Sala establecido cuáles servidores públicos mantienen el derecho a percibir el pago retroactivo de cesantías.

El nombramiento provisional por es¹⁶. Sin embargo, dado que la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-372 de 1999 declaró inexecutable muchas de las disposiciones relacionadas con la Comisión Nacional del Servicio Civil, ante la ausencia del organismo encargado por mandato constitucional – art. 130 – de la vigilancia y administración de la carrera administrativa, se presentó una inusitada extensión del tiempo de la provisionalidad.

Cotejando las fechas de desmonte de las cesantías retroactivas en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital, con el lapso de duración de los nombramientos provisionales¹⁷, estima la Sala que deben ser muy pocos los eventos de las personas que se encuentran cobijadas por los supuestos a que alude la primera pregunta.

De esta manera, para avocar el caso concreto de la pregunta debe anotarse que, en principio, en la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, no podrían presentarse casos de empleados con nombramientos provisionales y cesantías retroactivas, por cuanto, como se vio, para ellos este régimen se desmontó desde 1968, por lo que resulta altamente improbable que pueda configurarse la hipótesis prevista en el interrogante.

Ahora bien, el régimen de retroactividad dejó de operar en el orden territorial para quienes se vincularon con posterioridad a la vigencia de la ley 344 de 1996 y en la rama judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y la Registraduría Nacional del Estado Civil para los servidores vinculados a partir del 1º de enero de 1985. Los empleados públicos de tales entidades vinculados con anterioridad a las fechas indicadas conservan su régimen.

Para el momento de entrada en vigencia de las leyes 33 de 1985 y 344 de 1996 la provisionalidad tenía un límite en el tiempo y por ende no es jurídicamente posible que un servidor público, con régimen de cesantías retroactivas, hubiera mantenido un nombramiento en tal condición desde ese entonces hasta la fecha, esto es por más de diez años. En la hipótesis prevista en la pregunta, se parte entonces del supuesto de que en algún momento, antes de la sentencia C-372 de 1999, la vinculación del respectivo empleado, supuestamente con régimen de retroactividad en sus cesantías, fue irregular, pues, se reitera la provisionalidad tenía una duración de meses.

Con todo, es claro que el artículo 1º del decreto 1252 de 2000 consagra que “los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas –no se señala en qué condición, si con nombramiento en propiedad o si es un empleado de carrera - continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad

prestacional". Por tanto, si la persona ejerce provisionalmente un determinado cargo, está amparada por el régimen de cesantías retroactivas, y fue nombrada en período de prueba e inscrita en carrera administrativa en el mismo empleo que ha ejercido mediante nombramiento provisional, dado que no hay solución de continuidad en la prestación del servicio, ni cambio de entidad, es más se sigue ejerciendo el mismo empleo, se estima que debe continuar amparada por el sistema que venía cobijándola.

En la hipótesis consultada, si bien se pasa de ejercer el cargo en provisionalidad a ejercerlo en período de prueba y luego en propiedad, no hay una terminación de la vinculación laboral con el organismo respectivo y ello permite a la Sala considerar, en virtud del principio de favorabilidad que rige las relaciones de los servidores públicos, que el régimen de cesantías retroactivas se mantiene.

Sobre el particular, en fallo del 1º de septiembre de 2006 recaído dentro del expediente 2702- 00 [68001-23-31-000-1997 (2873) 01], proferido por la Sección Segunda, Subsección "B" de esta Corporación, se dijo:

"(...) no pueden confundirse, entonces, las interrupciones transitorias con el retiro definitivo mediante el cual se rompe el vínculo laboral. Por ello, no puede concebirse una acumulación de tiempos de servicio, fruto de diferentes relaciones de trabajo, en cada una de las cuales se ha roto la vinculación para efectos de la obtención de una cesantía definitiva por todos ellos, pues cuando opera la ruptura del vínculo surge para el interesado el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la prestación y si no lo hace en tiempo, puede prescribir (...) Ahora bien, lo relevante legalmente para efectos de la ACUMULACION DE TIEMPOS SERVIDOS OFICIALMENTE PARA EFECTOS DE LA CESANTIA DEFINITIVA ORDINARIA (RETROACTIVA) es la "continuidad" en el servicio oficial, sin operancia de ruptura de la vinculación laboral administrativa.

Entonces, si después de un nombramiento y posesión el empleado "rompe" su vínculo laboral administrativo, v. gr. en virtud de insubsistencia del nombramiento, renuncia, etc., se entiende, que a partir de su desvinculación tiene derecho a reclamar su cesantía definitiva por dicho lapso y comienza a correr el término de prescripción del derecho. Claro está que, en ocasiones, cuando se trata del mismo "patrono estatal" (v.gr. Departamento) es posible que al terminar una relación, como cuando se le acepta la renuncia del cargo, la persona toma posesión de otro cargo correspondiente a la misma Persona Jurídica Oficial, sin solución de continuidad, se admite la acumulación de tiempos de servicio para la liquidación de la cesantía definitiva retroactiva." ¹⁸

4.2. Cuál es el régimen de cesantías de un empleado del nivel nacional o territorial vinculado mediante nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó en un empleo diferente al que viene ocupando en la misma entidad, supera el concurso y es nombrado en período de prueba y posteriormente inscrito en carrera?

Las consideraciones expuestas en el punto 4.1. son aplicables a este evento, pues la única variación entre uno y otro, es el cambio de empleo permaneciendo en la entidad. Aún cuando el empleado debe renunciar al cargo que se ejerce en virtud del nombramiento provisional para entrar a tomar posesión del nuevo empleo, no se rompe el nexo laboral con el correspondiente organismo y ello hace viable que se aplique el artículo 1º del decreto 1252 de 2000. Por ello, se estima que si el servidor tiene régimen cesantías retroactivo debe mantenerse, pues el beneficio del régimen de transición es aplicable a quienes estén inscrito en la carrera administrativa y a quienes tienen nombramiento provisional.

4.3.- Cuál es el régimen de cesantías del empleado con nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó en un empleo diferente al que viene ocupando en otra entidad de la rama ejecutiva, supera el concurso y es nombrado en período de prueba y posteriormente inscrito en carrera?

En esta hipótesis y dado que hay un rompimiento de la primera relación laboral por voluntad del empleado con la entidad que venía reconociendo y pagando las cesantías retroactivas, no es dable predicar existencia de derechos adquiridos y concluye la Sala que no se configura el supuesto previsto en el artículo 1º del decreto 1252 de 2000¹⁹. De esta manera el régimen de cesantías para el servidor colocado en la referida situación, es el general previsto para el respectivo empleo, sin perjuicio de señalar que una vez se retira de la primera entidad tiene derecho a que ésta le reconozca sus cesantías retroactivas definitivas.

4.4.- "Si bien las normas que regulan la liquidación de cesantías con liquidación retroactiva no contempla (sic) la solución de continuidad, en virtud del artículo 2º del decreto 1252 de 2000 y por tratarse de un ascenso dentro de la carrera administrativa, se pregunta: ¿el empleado de carrera con régimen de cesantías retroactivo que mediante ascenso cambio de empleo dentro de la misma entidad, continúa bajo el régimen de cesantías con liquidación retroactiva, hasta la desvinculación de la entidad?"

Dentro de los derechos inherentes a la carrera administrativa, el legislador, con fundamento en los criterios de igualdad y equidad, ha protegido el ascenso para quienes estén inscritos en ella, pues, además de convertirse en un estímulo para el servidor público, resalta el mérito como factor determinante para obtener promociones dentro del servicio²⁰. Por su parte, el artículo 57 de la ley 909 de 2004²¹ ampara la conservación y el respeto de "(...) los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos o establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores".

El ascenso dentro de una misma entidad, por su propia esencia, no implica una terminación de la relación laboral y, por ende, de acuerdo con lo señalado en el artículo 1º del decreto 1252 de 2000 si el empleado ascendido disfrutaba del régimen de cesantías retroactivas continúa abrigado con el mismo.

Como se vio, el interés real que dio lugar a la anualización de las cesantías, fue el desmonte de la retroactividad pero sin afectar derechos adquiridos y sin desmejorar las condiciones laborales del trabajador. Por ende la situación no puede estudiarse bajo una perspectiva netamente formalista, sino valorando la situación a la luz de principios que informan el derecho administrativo laboral. El objetivo del régimen de transición fue amparar al trabajador mientras dure vinculado. Por tanto, en el evento estudiado la protección se extiende hasta la terminación de la vinculación laboral la cual no se rompe con el ascenso. Una interpretación diferente no es compatible con la finalidad misma que informa esta institución.

4.5. ¿Cuál es el régimen de cesantías del empleado de carrera administrativa con régimen de cesantías retroactivo, que mediante ascenso cambia de empleo en otra entidad regida por la ley 909 de 2004?.

¿Cuál es el régimen salarial y prestacional que aplica a un empleado que participó a un cargo (sic) de otra entidad nacional o territorial con régimen salarial y prestacional diferente? ¿El empleado conserva el régimen que venía percibiendo o por tratarse de una nueva vinculación, por cuanto media un nombramiento en período de prueba, debe someterse al régimen salarial y prestacional de la entidad a la cual se vincula?.

La hipótesis presenta una variante en relación con la estudiada en el punto anterior y es la de que en ésta opera cambio de la entidad. Conviene entonces determinar si por dicha situación se pierde el derecho a la retroactividad de las cesantías.

Es claro que: (i) el pago de cesantías retroactivas correspondía a la Caja Nacional de Previsión, y con el artículo 7º de la ley 33 de 1985 esa obligación la asumieron directamente las entidades empleadoras; (ii) las cesantías retroactivas definitivas las paga al momento del retiro del servicio del empleado, la respectiva entidad²² y no un fondo de cesantías y ello impide que pueda haber continuidad en el mantenimiento del régimen²³; (iii) el servidor público que obtiene un ascenso de cargo o que previo concurso es nombrado - en período de prueba - para otro empleo en otra entidad, debe renunciar al anterior empleo y, por ende, rompe su vínculo laboral con el primer empleador, de manera voluntaria, situación que hace cesar el régimen de cesantías retroactivas; (iv) aunque ese movimiento laboral no necesariamente puede implicar solución de continuidad en la prestación del servicio, con el nuevo nombramiento - aún en período de prueba - en un cargo en distinto organismo de la administración el servidor inicia otro vínculo laboral, frente al cual el ordenamiento jurídico tiene previsto un régimen salarial y prestacional; (v) los derechos adquiridos y la no desmejora de las condiciones laborales previstos en el artículo 1º del decreto 1252 de 2000 están condicionados a que el servidor público mantenga su vinculación laboral con el organismo o entidad donde se aplica la modalidad de cesantías retroactivas, supuesto que en la hipótesis estudiada no se configura por las razones anotadas. Tales circunstancias llevan a la Sala a considerar que este evento el derecho a seguir amparado por la retroactividad se pierde.

4.6.- ¿Cuál es el régimen salarial y prestacional que aplica a un empleado del nivel profesional o asesor de la planta global que participó (en un concurso para) un cargo de la misma entidad y de los mismos niveles pero diferente al que viene ocupando? ¿conserva la prima técnica que se le había otorgado cuando era viable concederla a empleados del nivel profesional y asesores de la planta global?

a).- Régimen salarial . El régimen salarial no varía en cuanto está predeterminado estatutariamente y el servidor continúa en la entidad en el mismo nivel sin solución de continuidad en la prestación del servicio. El cambio de cargo solo determina una posible variación de la asignación básica en consideración a la escala salarial que corresponda.

b).- Régimen prestacional. Se conserva dada la permanencia en el servicio en la misma entidad sin solución de continuidad, incluido el reconocimiento y pago de cesantías retroactivas si gozaba de ese régimen

c).- Régimen de prima técnica. Como se señala en la Consulta 1745, el decreto 1661 de 1991 - reglamentado por decreto 2164 del mismo año - previó dos clases de prima técnica: a) por formación avanzada y experiencia altamente calificada. b) por evaluación del desempeño²⁴ La reglamentación respecto de los niveles en que procede la asignación de la prima ha tenido variaciones. Así, para los cargos del nivel asesor, no adscritos al Despacho del Jefe de la entidad, la prima técnica por formación avanzada y experiencia y por evaluación del desempeño, se desmanteló por el decreto 1336 de 2003; mientras que para los cargos del nivel profesional, la prima técnica por las dos modalidades se desmontó con el decreto 1724 de 1997.

De suerte que los empleados públicos de los referidos niveles que causaron la prima antes del cambio normativo, siguen teniendo el derecho siempre y cuando no se configure ninguna causal de extinción, dentro de las cuales está la de pasar a un cargo que ya no sea susceptible de asignación de la misma. Específicamente sobre este punto la Sala en Consulta 1539 de 2004 anotó:

"(...) la prima técnica no se consagra como un derecho anejo a los cargos señalados en el artículo 1° del decreto 1336 de 2003, esto es, que sea inherente a ellos, pues según tal norma en concordancia con el artículo 7° del decreto 2164 de 1991, para su disfrute es necesario que a cada cargo en particular le sea asignada la prima mediante resolución motivada o acuerdo "conforme con las necesidades específicas del servicio, con la política de personal que se adopte y con sujeción a la disponibilidad presupuestal" y, debe agregarse, las calidades del empleado y las condiciones particulares del cargo."

Como en la hipótesis prevista en la consulta el cambio de empleo obedeció a un concurso, para un cargo que ya no tiene asignada prima técnica es claro que pierde el derecho.

4.7.-"Un empleado público de carrera que tiene derecho al régimen retroactivo de cesantías y es nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción de la misma entidad o de otra entidad y al cual se le confiere comisión para desempeñar dicho empleo, al tomar posesión del empleo de libre nombramiento y remoción mantiene el régimen de cesantías retroactivas o se suspende su relación laboral como empleado de carrera y pasa al régimen de cesantías anualizado?"

¿Qué sucede con sus cesantías retroactivas cuando se retire del empleo de libre (nombramiento y remoción) y se devuelva al de carrera?"

El artículo 26 de la ley 909 regula la comisión que se otorga al empleado de carrera para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción, en estos términos:

"Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva. (...) En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño.²⁵"

Como se advierte, la norma contempló el derecho del empleado de carrera de ser comisionado en un cargo de libre nombramiento y remoción, previó que esa situación administrativa podría darse en la misma entidad o en entidad distinta, pero guardó silencio frente al régimen salarial y prestacional del empleado comisionado.

Comisión en la misma entidad. En esta hipótesis, considera la Sala no hay terminación del vinculación laboral con la entidad en la cual el servidor público se encuentra nombrado en cargo de carrera; la comisión opera por necesidades del servicio, y requiere el asentimiento de dos voluntades: la del empleado, y la de la entidad empleadora que es la misma que otorga la comisión. En materia salarial el empleado tendrá derecho a la remuneración prevista para el cargo de libre nombramiento y remoción en el cual está en comisión. Sobre el régimen jurídico del comisionado señala el Tratadista y ex - Consejero de Estado doctor Diego Younes Moreno lo siguiente:

“Esta comisión permite, pues, ejercer un empleo de libre nombramiento y remoción sin perder el *status* de carrera, pero en los demás aspectos significa un cambio de régimen jurídico. En efecto, este no será el que rige para el empleo del cual se es titular, sino el que se predique para el cargo que se desempeñe en comisión. El régimen de remuneración y de prestaciones sociales deberá ser el del empleo cuyas funciones se ejercen mediante la situación administrativa de comisión, y no el que rija para el destino del cual se separa transitoriamente el funcionario por el mecanismo que nos ocupa.”²⁶

No obstante lo anterior, como quiera que en materia de cesantías hay una norma expresa que le es más favorable al trabajador, según la cual “los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional” - art. 1º del decreto 1252 de 2000 - se considera que si el empleado comisionado venía con el régimen previsto en la ley 6ª de 1945, no lo pierde, lo conserva .

Comisión en diferente entidad. No está contemplada como causal de retiro de los empleados públicos la comisión que se le otorga al empleado escalafonado para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción ni como causal de pérdida de los derechos inherentes a la carrera. Lo que sí produce esas consecuencias es la toma de posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado la comisión respectiva. - ver artículos 41 y 42 de la ley 909 de 2004 -. Es claro que si se presenta esta comisión en diferente entidad no hay terminación del vínculo laboral con la primera entidad pero si una suspensión del mismo; la causa de la comisión se relaciona indiscutiblemente con la mejor prestación del servicio y con un estímulo para el servidor público y emana de la voluntad de tres partes: del empleado quien la solicita y acepta, del organismo en donde ésta presta sus servicios que la autoriza y de la entidad en donde está ubicado el empleo de libre nombramiento y remoción que va a desempeñar el empleado comisionado.

Ahora bien, dada la circunstancia de que la ley no previó estrictamente la solución que cabe dar a la hipótesis estudiada, la Sala considera que en esta hipótesis debe entenderse que el régimen de cesantías retroactivas del servidor con el primer empleador se suspende mientras dura su relación laboral con el segundo empleador que le reconocerá y pagará las cesantías anualizadas por el lapso que dure en esa entidad, lo cual encuentra sustento en el artículo 1º del decreto 1252 de 2000 al señalar que el régimen de cesantías retroactivas sólo se reconoce mientras aquél permanezca en el organismo o entidad en donde se aplica dicha modalidad prestacional y en el hecho de que las cesantías retroactivas las reconoce y paga la entidad empleadora en donde rige ese sistema.

4.8.- ¿En el evento que el empleado solicite un pago parcial de cesantías encontrándose desempeñando el cargo de libre nombramiento y remoción, con qué salario se deben liquidar?

El salario del empleo ejercido mediante comisión para ejercer el empleo de libre nombramiento y remoción, debe tenerse en cuenta para la liquidación de cesantías en el régimen retroactivo?

O contrario al punto anterior, el último sueldo o jornada (sic) devengado, a que hace alusión el artículo 6º del decreto 1160 de 1947, debe entenderse como el propio del empleo que da derecho a gozar del régimen de cesantías retroactivo?

Si el empleado solicita un pago parcial de cesantías encontrándose desempeñando un cargo de libre nombramiento y remoción en la misma entidad, se le deben liquidar con base en el salario de este último cargo.

Si es en otra entidad y dado que como quedó visto en el punto anterior la relación laboral con la primera entidad se suspendió, la liquidación de las cesantías retroactivas se debe hacer tomando en consideración la asignación prevista para el cargo de carrera.

4.9.- Al ser el empleado público de carrera reincorporado en otro empleo del nivel nacional o territorial, por razón de la supresión de su cargo o por razones de desplazamiento, qué régimen salarial y prestacional se les debe aplicar? ¿el que rige en la entidad donde se encontraba vinculado o el de la nueva entidad donde es reintegrado?”

4.9.1.- Reincorporación por supresión de cargos. Como ha quedado expuesto nuestro ordenamiento jurídico protege los derechos adquiridos de los servidores públicos y prohíbe desmejorar sus condiciones salariales y prestacionales. Ahora, por vía general, si un servidor público se retira de una entidad con un régimen salarial y prestacional determinado y, posteriormente, se revincula al sector público pero a otro organismo con un régimen distinto, el principio ordinario es que queda sometido a éste último²⁷. Sin embargo, no se puede desatender la causa o motivo de la desvinculación inicial, pues si es atribuible al Estado, por razones del servicio o de modernización de la entidad, como es el caso de la supresión de empleo, como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, por mandato legal el empleado de carrera administrativa tiene derecho preferencial "(...) a ser incorporado en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal" y si ello no es posible puede optar por " ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización". - art. 44 de la ley 909 de 2004²⁸

Esa equivalencia tiene que ser medida en todos los aspectos, funcionales, salariales, prestacionales, de requisitos, etc.²⁹. De manera que en este evento la administración está obligada a reincorporar al empleado a un cargo con las mismas características del que tenía, caso en el cual mantendrá el régimen de cesantías retroactivas y, si no lo puede hacer, lo debe compensar en los términos fijados por la Corte Constitucional en la sentencia C- 880 de 2003³⁰. Sin embargo ello no significa darle al empleado al cual es reincorporado el servidor un régimen salarial y prestacional distinto al señalado por la ley.

4.9.2.- Reubicación por razones de desplazamiento. El desplazado como persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, tiene derecho a acceder a soluciones definitivas y al regreso a su lugar de origen - arts. 1º, 2.5 y 2.6 de la ley 387/97³¹ -. Dentro de los objetivos que busca el Plan nacional para la atención integral a la población desplazada por la violencia, se resaltan, entre otros el de adoptar medidas de atención humanitaria de emergencia a la población desplazada, con el fin de asegurarle su protección y las condiciones necesarias para la subsistencia y la adaptación a la nueva situación; diseñar y adoptar medidas que garanticen su acceso a planes, programas y proyectos integrales de desarrollo urbano y rural, ofreciéndole los medios necesarios para que cree sus propias formas de subsistencia, de tal manera que su reincorporación a la vida social, laboral y cultural del país, se realice evitando procesos de segregación o estigmatización social y adoptar las medidas necesarias que posibiliten su retorno voluntario a su zona de origen o su reubicación en nuevas zonas de asentamiento - art. 10.3, 10.5 y 10.6º Ibídem

El Gobierno Nacional está obligado a promover acciones y medidas de mediano y largo plazo con el propósito de generar condiciones de sostenibilidad económica y social para la población desplazada en el marco del retorno voluntario o el reasentamiento en otras zonas rurales o urbanas. Estas medidas deberán permitir el acceso directo de la población desplazada a la oferta social del gobierno, en particular a los programas relacionados con planes de empleo urbano y rural de la Red de Solidaridad Social -art. 16 y 17 de la ley 387 de 1997

En desarrollo de todas estas políticas la ley 909 de 2004 atribuye a la Comisión Nacional del Servicio Civil la función de "Conformar, organizar y manejar (...) el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia" - art. 11.e) - y establece como medida de protección de los empleados de carrera administrativa desplazados por razones de violencia, previa demostración de su condición de tal, su reubicación, por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en una sede distinta a aquella donde se encuentre situado el cargo del cual es titular, o en otra entidad - artículo 52 de la ley 909, en armonía con la ley 387 de 1997

Frente al asunto planteado, considera la Sala que si el empleado de carrera es reubicado en una sede distinta de aquélla donde habitualmente laboraba en la misma entidad, no hay controversia en torno al régimen salarial y prestacional, pues éste no varía, con la advertencia que la administración debe garantizar la no desmejora de las condiciones laborales.

El problema se presenta cuando el empleado es reubicado en un empleo perteneciente a otra entidad pública³². En consideración a que el órgano encargado de manejar el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados es la Comisión Nacional del Servicio Civil, se entiende que el régimen prestacional es siempre el de la rama ejecutiva del poder público, unificado en los órdenes nacional y territorial por el decreto 1919 de 2002.

Sin embargo, en caso de estar el empleado gozando del régimen de cesantías retroactivas es posible admitir la hipótesis de que aquél sea reubicado en una entidad que no esté regida por el mismo. Esta situación no ha sido regulada expresamente por el legislador y ante esa circunstancia, dado que el motivo de cambio de empleo es forzado y obedece a causas externas a la voluntad del servidor y que es responsabilidad del Estado colombiano formular las políticas y adoptar las medidas para la prevención del desplazamiento forzado como lo son la atención, protección y consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia - art. 3º-, considera la Sala que el régimen del empleado público se debe mantener, pues es la forma de garantizar su protección y estabilización socioeconómica. En consecuencia el empleado conserva el régimen de cesantías retroactivas que lo gobierna.

1. y 2.- El régimen de cesantías de un empleado del nivel nacional o territorial, vinculado mediante nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que concursó y fue nombrado en período de prueba y posteriormente es inscrito en carrera administrativa en el empleo que ha ejercido mediante nombramiento provisional o en empleo distinto, es el mismo que traía, siempre y cuando no exista rompimiento de la relación laboral y solución de continuidad en la prestación del servicio.

3.- El régimen de cesantías del empleado con nombramiento provisional regido por el régimen de liquidación retroactivo de cesantías, que es nombrado, previo concurso, en un empleo diferente al que viene ocupando en otra entidad de la rama ejecutiva, es el previsto para el nuevo cargo.

4.- El empleado de carrera con régimen de cesantías retroactivo que por concurso y/o ascenso cambió de empleo dentro de la misma entidad, continúa bajo el régimen de cesantías con liquidación retroactiva, hasta la desvinculación de la entidad.

5. y 6- El empleado de carrera administrativa con régimen de cesantías retroactivo, que por concurso (ascenso) cambia de empleo en otra entidad regida por la ley 909 de 2004, tiene derecho al régimen de cesantías previsto en la nueva entidad, así como al régimen salarial y prestacional de ésta.

7.- El régimen salarial y prestacional que aplica a un empleado del nivel profesional o asesor de la planta global que participó en un concurso para un cargo de la misma entidad y de los mismos niveles pero diferente al que viene ocupando, es el previsto para el nuevo cargo. Excepcionalmente, si la persona está amparada por el régimen de cesantías retroactivas, lo conserva siempre y cuando no haya rompimiento de la relación laboral con la respectiva entidad. Los empleados del nivel profesional o asesor de la planta global de una entidad que cambiaron de empleo por concurso, pierden el derecho a seguir percibiendo la prima, dado que el nuevo cargo no la tiene asignada.

8., 9, 10, 11 y 12 - El empleado público de carrera que tiene derecho al régimen retroactivo de cesantías y se le concede comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción en la misma entidad conserva su derecho. En esta hipótesis la prestación se debe liquidar con base en el salario del último cargo.

El derecho al régimen retroactivo de cesantías se suspende para el empleado público de carrera que se le concede comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción en otra entidad. La liquidación de las cesantías retroactivas se debe hacer tomando en consideración la asignación prevista para el cargo de carrera. Durante el tiempo que dure la comisión en el cargo de libre nombramiento y remoción se le deben reconocer y pagar cesantías anualizadas.

13.- El empleado público de carrera cuyo cargo fue suprimido tiene derecho a ser reincorporado a un empleo igual o equivalente al que venía desempeñando, con el régimen salarial y prestacional de este cargo.

El empleado público de carrera que es desplazado tiene derecho a ser reubicado en un cargo igual o equivalente al que venía desempeñando.

Transcríbese al señor Ministro del Interior y de Justicia. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO GUSTAVO APONTE SANTOS

Presidente de la Sala

Ausente con excusa

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Secretaria de la Sala

¹ Desde el decreto 1732 de 1960 - art. 12 - (hoy en día derogado) se dispuso que la clasificación de los empleos - de acuerdo a las funciones, responsabilidades y requisitos para su desempeño - sería el elemento fundamental a tener en cuenta para determinar la remuneración correspondiente, bajo el postulado de que todo empleo será remunerado con base en el sistema que garantice "el principio de igual salario para igual trabajo en condiciones similares", principio que es reiterado por el artículo 8º del decreto 1950 de 1973. Ver además art. 75 dec. 1042/78

² JÉZE Gaston. Principios Generales del Derecho Administrativo. Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, páginas 48 y siguientes. Sobre la clasificación del acto de nombramiento como acto condición ver además SERRA ROJAS Andrés, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa S.A., México 1985, pág. 236. STASSINOPOULOS Michel, El acto administrativo. Traducción jurídica del doctor Francisco Sierra Jaramillo, 1981, págs. 42 y 62. BIELSA Rafael, Derecho Administrativo, Editorial La Ley, tomo II, sexta edición, 1980, págs. 163 y 164. RIVERO Jean, Derecho Administrativo. Instituto de Derecho Público, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, traducción de la 9ª edición, pág. 97.

³ El propio artículo 4º *ibídem* determina que el Gobierno Nacional cada año, modificará el sistema salarial de los empleados públicos, aumentando sus remuneraciones. Ver sentencia C-710 de 1999.

⁴ Consulta 1448 de 2002.

⁵ En la actualidad algunas personas continúan cobijadas por este régimen.

⁶ Por medio del cual se creó el Fondo Nacional de Ahorro.

⁷ Literal a) del artículo 17 de la ley 6ª de 1945 y artículos 1º de decreto 2767 de 1945, 1º de la ley 65 de 1946 y 1º, 2º, 5º y 6º del decreto 1160 de 1947.

⁸ Posteriormente se expidió la ley 50 de 1990 que modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de los llamados fondos de cesantías y la ley 244 de 1995 - subrogada por la ley 1071 de 2006 - que tocó lo relativo a la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales y el término de las entidades para su cancelación.

⁹ Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público.

¹⁰ Frente al régimen de los empleados públicos del Distrito Capital ver decretos 1133 y 1808 de 1994, derogados por el art. 6º del decreto 1919 de 2002.

¹¹ El decreto 1919 de 2002 - por el cual se fija el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial - dispuso: "Art. 3º. Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la ley 344 de 1996 y el decreto 1252 de 2000". // Por su parte, el decreto 1252 de 2000, al cual se referirá la Sala más adelante, precisó que a "los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso".

¹² Mudó la naturaleza del Fondo Nacional de Ahorro a la de empresa industrial y comercial del Estado.

¹³ Norma que reproduce el artículo 27 del decreto 1453 de 1998, reglamentario de la ley 432.

¹⁴ Dictado en el marco de la ley 4ª de 1992, para reglamentar los artículos 13 de la ley 344 de 1996 y 5º de la ley 432 de 1998.

¹⁵ Dictado en desarrollo de los principios generales establecidos en la ley 4ª de 1992, por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública.

¹⁶ Arts 53 dec. 1732/60, 5º dec. 2400/68, 28 dec. 1950/73, 4º ley 61/87, 10 ley 443/98, 8º del decreto 1227 de 2005, mod. por el dec.3820/05 y 25 de la ley 909/04 y. Este último señala: “Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.” Frente al tema de la provisionalidad en la exposición de motivos del proyecto que a la postre se convertiría en la ley 909 se dijo: “El proyecto omite la figura de la provisionalidad, como estrategia para que los empleos de la administración pública se provean siempre por concurso público, evitando de esta manera la utilización de esta figura que ha servido para desvirtuar el principio de mérito”. Gaceta del congreso 232 de 2003, página 23.

¹⁷ La ley 27/92 amplió la cobertura de las disposiciones contenidas en el decreto 2400/68 a los niveles departamental y municipal.

¹⁸ Ver además sentencias de la misma Sección Segunda del 15/08/96, exp. 8461; 30/04/77, exp. 2429; y 26/06/97, exp. 10067.

¹⁹ Ley 909 de 2004: “Artículo 41. Causales de retiro del servicio (...) d) Por renuncia regularmente aceptada; Artículo 42. Pérdida de los derechos de carrera administrativa. 1. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior, implica la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en los términos de la presente ley”..

²⁰ Ver arts. 2º.b ley 165/38, 65 del dec. 1732/60, 7º y 46 dec. 2400/68, 222 a 227 del dec. 1950/73, 11 de la ley 27/92, 2º y 3º de la ley 443/98, 2º, 7º, 28, y 29 de la ley 909/04.

²¹ Regula la carrera administrativa, el empleo público y la gerencia pública

²² Ver arts. 1º de la ley 65 de 1946, 28 y 37 del decreto 3118 de 1968 y 32 del decreto 1453 de 1998.

²³ Excepcionalmente el Fondo Nacional de Ahorro paga cesantías definitivas, pues los artículos 5º de la ley 432 de 1998 y 27 del decreto 1453 del mismo año al ordenar la afiliación a ese Fondo de todos los servidores públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional dispusieron que frente a los servidores públicos con régimen de retroactividad en las cesantías el mayor valor sería responsabilidad de la entidad empleadora.

²⁴ Ver decretos 1661 y 2164/91, 1724/97; 1335/99 y 1336/03.

²⁵ Ver artículos 22 del decreto 2400 de 1968 – art. 22 -, 76, 95 y 94 del decreto reglamentario 1950 de 1973. Esta última norma señaló “La comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción no implica pérdida ni mengua de los derechos como funcionario de carrera.”

²⁶ YOUNES MORENO Diego, Derecho Administrativo Laboral, Editorial Temis S.A., 2001, página 314.

²⁷ Los arts.7º de la ley 27/92 y 41 de la ley 909 contemplaron como causal de retiro del servicio de los empleados de carrera la supresión del empleo en tanto que el artículo 37 de la ley 443/98 no lo hizo.

²⁸ “Artículo 45. (...) Cuando la incorporación se efectúe en un empleo igual no podrán exigirse requisitos distintos a los acreditados por los servidores al momento de su inscripción o actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa en el empleo suscitado. Cuando la

incorporación se realice en un empleo equivalente, deberán acreditarse los requisitos exigidos por la entidad que esté obligada a efectuarla, de conformidad con el manual específico de funciones y requisitos de la misma.

²⁹ “Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa (...) e) Conformar (...)el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados ” – art. 11 ley 909/04

³⁰ Ver concepto 1539 de 2004, acápite 4.2.

³¹ Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia

³² La condición de desplazado forzado por la violencia cesa cuando se logra la consolidación y estabilización socioeconómica, bien sea en su lugar de origen o en las zonas de reasentamiento – art. 18 de la ley 387 de 1997

Fecha y hora de creación: 2024-10-22 14:09:10