

Inhabilidades e Incompatibilidades de los Servidores Públicos. Segunda Versión



FUNCIÓN PÚBLICA
Departamento Administrativo de la Función Pública



INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Actualizado

Elaborado por:

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

**Claudia Patricia Hernández León
Directora Jurídica**

Departamento Administrativo de la Función Pública

2^a. Versión

2011

INDICE

PRESENTACION

QUE SE ENTIENDE POR INHABILIDAD

CONSECUENCIAS DE LAS INHABILIDADES

FORMALIDADES QUE SE DEBEN CUMPLIR PARA RETIRAR DEL SERVICIO A QUIEN LE SOBREVENGA UNA INHABILIDAD

INHABILIDADES COMUNES A TODOS LOS SERVIDORES PUBLICOS

INHABILIDAD SOBREVINIENTE PARA EL SERVIDOR PÚBLICO

EJERCICIO DE EMPLEOS PÚBLICOS POR PENSIONADOS

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

INHABILIDADES PARA SER PRESIDENTE O VICEPRESIDENTE DE LA REPUBLICA

INHABILIDADES PARA SER CONGRESISTA

INHABILIDADES DE CONGRESISTAS, PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE EN EPOCA DE ELECCIONES

INHABILIDADES DEL ALCALDE DEL DISTRITO CAPITAL

INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES DEL DISTRITO CAPITAL

INHABILIDADES DE LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES DEL DISTRITO CAPITAL

INHABILIDADES DE LOS ALCALDES LOCALES DEL DISTRITO CAPITAL

INHABILIDADES DEL PERSONERO DEL DISTRITO CAPITAL

INHABILIDADES DEL CONTRALOR DEL DISTRITO CAPITAL

INHABILIDADES DEL GOBERNADOR

INHABILIDADES DE LOS DIPUTADOS

INHABILIDADES DEL ALCALDE

INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES

INHABILIDADES MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES

INHABILIDADES DEL CONTRALOR DEPARTAMENTAL

INHABILIDADES DEL CONTRALOR MUNICIPAL

INHABILIDADES DEL PERSONERO MUNICIPAL

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

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

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

INCOMPATIBILIDADES

INCOMPATIBILIDADES COMUNES A TODOS LOS SERVIDORES PUBLICOS

INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONGRESISTAS

INCOMPATIBILIDADES DEL ALCALDE DEL DISTRITO CAPITAL

INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONCEJALES DEL DISTRITO CAPITAL

INCOMPATIBILIDADES DE LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES DEL DISTRITO CAPITAL

INCOMPATIBILIDADES DEL PERSONERO DEL DISTRITO CAPITAL

INCOMPATIBILIDADES DEL CONTRALOR DEL DISTRITO CAPITAL

INCOMPATIBILIDADES DE LOS GOBERNADORES

INCOMPATIBILIDADES DE LOS DIPUTADOS

INCOMPATIBILIDADES DE LOS ALCALDES MUNICIPALES

INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONCEJALES MUNICIPALES

INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES

INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONTRALORES MUNICIPALES

INCOMPATIBILIDADES DE LOS PERSONEROS MUNICIPALES

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

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

INTRODUCCION

En la actualidad el Departamento Administrativo de la Función Pública, en desarrollo de la política pública de instrumentalización y en razón a los avances Jurisprudenciales y el desarrollo legal que se ha dado en los últimos años, ha efectuado la actualización de la cartilla sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos.

Debido al carácter taxativo y la interpretación restrictiva que conlleva este tema, la cartilla se ha elaborado con normas de rango constitucional, legal y reglamentarias sobre las cuales las Altas Cortes han realizado el desarrollo jurisprudencial, así como con la incorporación de conceptos emitidos por la Dirección Jurídica de este Departamento.

Por considerar de interés, nos permitimos expresar las razones que justifican la consagración de un Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades dentro del ordenamiento Colombiano, en los siguientes términos:

“la consagración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se justifica en la prevalecencia de los intereses estatales y en los principios y valores de igualdad, moralidad, ética, corrección, probidad, transparencia e imparcialidad que deben imperar en la actuación de los sujetos que desempeñan la función pública, o de quienes aspiran o pretendan acceder a la misma. En efecto, el desarrollo indigno del poder, la influencia negativa de la posición, el privilegio indebido con olvido del Interés público, de la legalidad, de la buena administración, del patrimonio público y de la probidad en las actuaciones, constituyen, sin duda, razones para establecer restricciones a la libertad y a los derechos de los sujetos en el ámbito del derecho público, tendientes a evitar la vinculación a la función pública o el ejercicio de ésta en las diferentes ramas del Poder público, de personas cuya conducta o situación pueda ser lesiva a esos intereses, principios y valores.”¹

Es así como, con el presente documento se busca informar, orientar, explicar y guiar a los lectores respecto a las Inhabilidades e Incompatibilidades teniendo en cuenta las normas que se encuentran vigentes, la jurisprudencia actual y los conceptos emitidos por el DAFP, para que en su conjunto otorguen al lector una idea clara y concreta de dicho tema,

De igual forma dentro de los propósitos de esta cartilla se encuentra guiar y orientar el desarrollo de las Inhabilidades e Incompatibilidades para evitar que los funcionarios por desconocimiento de este régimen incurran en errores que pueden traer graves consecuencias.

¹ El Consejo de Estado. Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo Radicación número 11001-03-15-000-2007<00581>00. Providencia de fecha veintiuno (21) de abril de dos mil nueve (2009), Consejero Ponente Dr. MAURICIO TORRES CUERVO.

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.”*²

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.³

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 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”*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.

² Sentencias C-380-97, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-200-01, M.P. Eduardo Montea legre Lynett y C-1212-01, M.P. Jaime Araujo Rentería.

³ Sentencia C-348/04, Abril 20. Magistrado Ponente Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

⁴ Sentencia C-200-01, M.P. Eduardo Montea legre Lynett

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 hasta 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.)

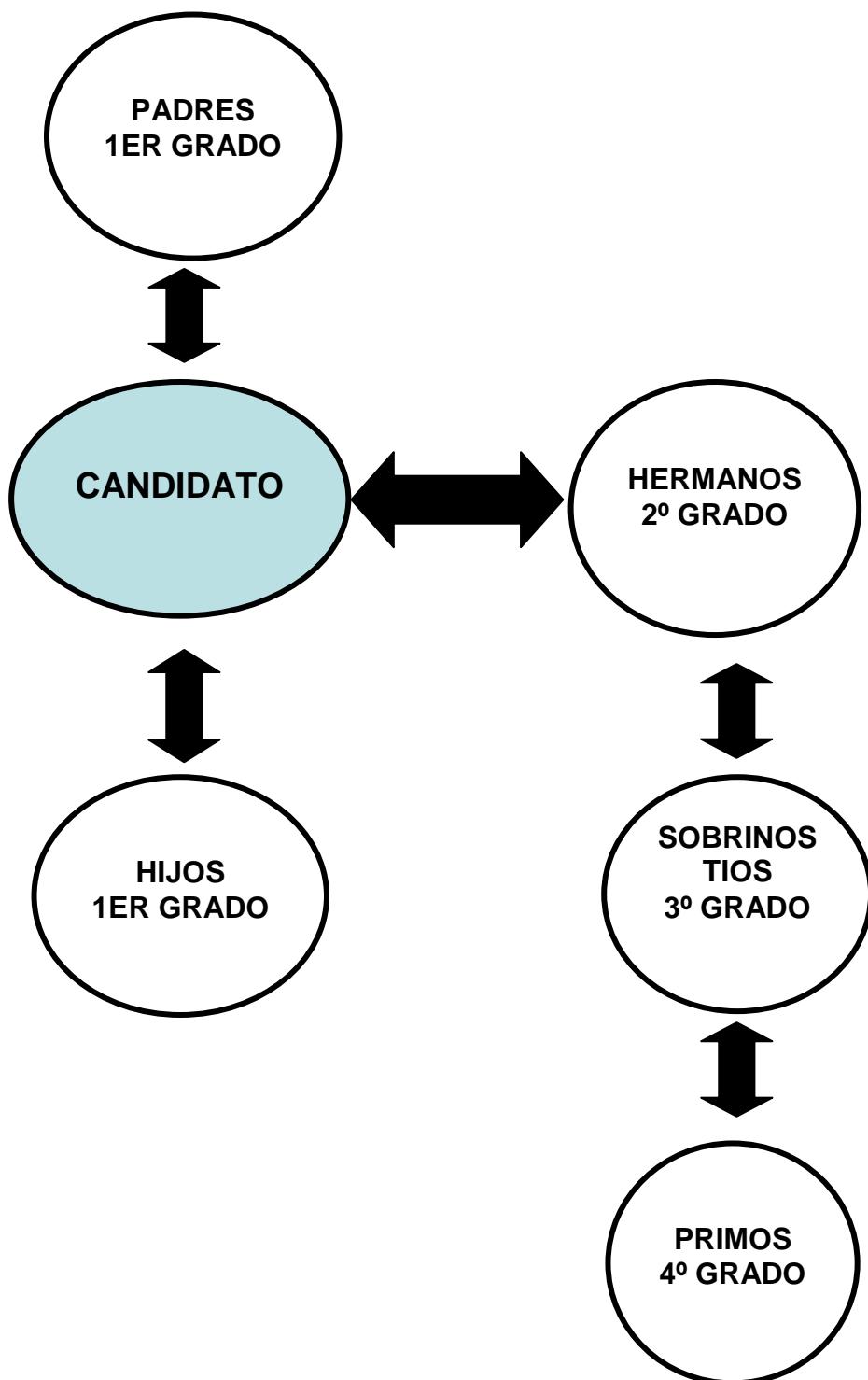
Nota Jurisprudencial. Este artículo se declaró Inexequible por la Corte Constitucional Sentencia C-595 de noviembre 6 de 1996, pues el texto se prestaba para equívocas interpretaciones de la expresión ilegítimo y desvirtuaba toda la jurisprudencia sobre la imposibilidad de tratos discriminatorios por 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 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.”

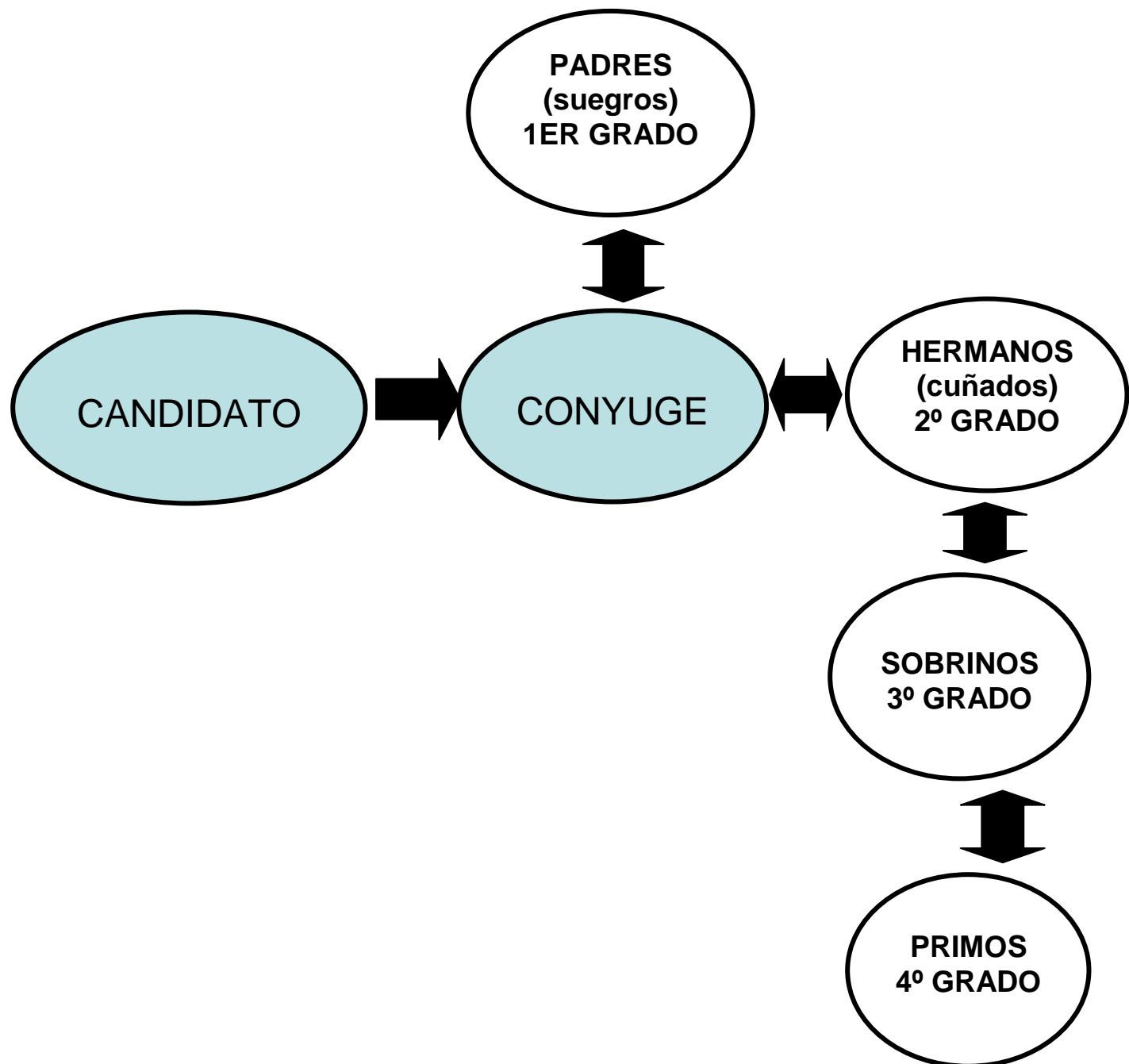
“ARTÍCULO 50. Parentesco civil. Parentesco civil es el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas.”

GRADOS DE PARENTESCO

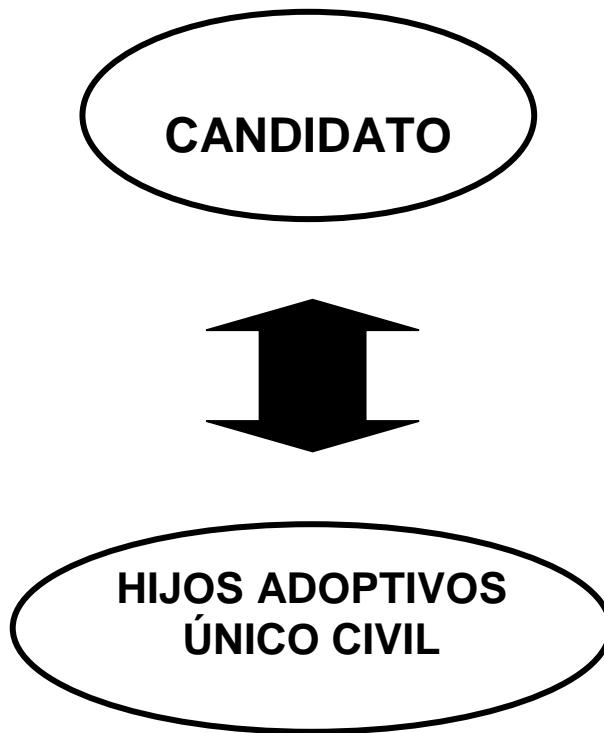
PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD



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.*⁵

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 dió 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 incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevenientes, 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. 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 sobrevenientes, 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

⁵ Sentencia C-509 de 1994

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.”⁶

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 *inculpado* 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 *inculpado*.

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

⁶ Corte Constitucional, Sentencia No. C-038/96, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

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.”⁷

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”⁸, 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 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 predictable 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.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-509 de 1994

⁸ La Asamblea Nacional Constitucional, Comisión 3^a, 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.

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.”⁹

⁹ 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
Artículo 122 Constitución Política modificada por el Acto legislativo 01 de 2009 del 14 de julio.	<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 style="padding-left: 20px;">Peculado por apropiación (artículo 397)</p> <p style="padding-left: 20px;">Peculado por uso (artículo 398)</p> <p style="padding-left: 20px;">Peculado por aplicación oficial diferente (artículo 399)</p> <p style="padding-left: 20px;">Peculado culposo (artículo 400)</p> <p>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.</p>	Intemporal.	<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 constitucional, pues, el fundamento de su previsión reposa en la manifiesta necesidad de garantizar y de hacer prevalecer el interés general”.</i></p>

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 se 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
Artículo 126 Constitución Política Mediante sentencia C-029 de 2009 se dispuso que la inhabilidad es aplicable a parejas del mismo sexo.	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 conyuge- art 47 C.C.C.) o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.	<p>No podrán nombrar como empleados a personas <u>con las cuales</u> 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>		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> ”
Artículo 179 numeral 8 Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009.	Elección para más de una Corporación o Cargo Público.	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.		

FUNDAMENTO LEGAL	CAUSA	CONSECUENCIA	DURACIÓN	JURISPRUDENCIA
Artículo 29, inciso 1º, del Decreto 2400 de 1968 y artículo 121 del Decreto 1950 de 1973. Artículo 1º del Decreto 2040 de 20027. Artículo 1º del Decreto 4229 de 2004. Artículo 1, 2 y 3 del Decreto 583 de 1995.	Retiro con derecho a pensión de jubilación.	<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>		
LEY 80 DE 1993, Numeral 2º, literales a, b,c y d	Aplicable a los 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.	No pueden participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva.	La indicada en el literal a) se extiende por el término de un año, contado a partir de la fecha de retiro.	

FUNDAMENTO LEGAL	CAUSA	CONSECUENCIA	DURACIÓN	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?. El 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 60.

ARTÍCULO 60. En caso de que sobrevea 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 sobrevinientes, 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 sobrevinientes 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 20. (...)

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 PÚBLICOS 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.

Exceptúanse 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 4^a 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 4^a 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 transrito....

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 4^a 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 sujetos 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 4^a 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 obedecimiento 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 DAFF

¿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 DAFF

¿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 DAFF

¿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 el tiene la facultad de postulación.”

Concepto DAFF

¿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 4^a 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 cojiza 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 sujetos 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 el 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 DAFF

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 DAFF

¿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 publico 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 publico, 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 Publico.

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 publico 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 ese 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 DAFF

¿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 DAFF

¿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 DAFF

¿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 destinarse 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, autorízase, 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 1º 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 hacia 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 decisarios, 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. 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 publica y dispone “de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la Republica” (artículo 189, numero 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, numero 5, de la Constitución no son operantes si la autoridad civil o política se ejerce en una circunscripción electoral diferente de aquella en que esta inscrito a el 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 numero 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, numero 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, numero 8, inciso final, no es aplicable a las causales de inhabilidad para ser miembro del Congreso contempladas por el numero 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 DAFFP

¿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 Santaafé de Bogotá, D.C.”

“Artículo60. 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)

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**

“Artículo261. 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, aún 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 2º 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 inciso 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 sujetos 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 Buritica. 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 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)

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 decide 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 2006¹¹, 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 si 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 si 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 hiciere 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 2º 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 período 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 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)

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: AI- 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.**

“Artículo 303. (...)

Los Gobernadores serán elegidos para periodos de tres años y no podrán ser reelegidos para el periodo siguiente. La ley fijará las calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los Gobernadores; reglamentar su elección; determinará sus faltas absolutas y temporales y forma de llenarlas; y dictará las demás disposiciones necesarias para el normal desempeño de sus cargos.”

- **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.

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 renuncio 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 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.

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 María 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 179.- No podrán ser congresistas:

.....

3.- Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades publicas, 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 predican;

“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 4º 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), entendiendo 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 desempeño 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, entendiendo 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 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.

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 los 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 DAFF

¿ El Gobernador encargado de un Departamento, estará inhabilitado para aspirar a ser elegido Alcalde en un municipio de otro departamento? RAD. 20119000005432/2011 (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 DAFF

¿ 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.”

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 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.

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, entendiendo 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, entendiendo 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.

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 celebro contrato de prestación de servicios con una Empresa Social del Estado de un municipio, no está inmerso en inhabilidad 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, expreso:

“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 administre 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 BOGOTÁ - 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, aún 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 2º 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 prealudido 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:

- Haya sido Contralor de todo o parte del período inmediatamente anterior, como titular
- Haya sido miembro de los Tribunales que participaron en su postulación, dentro de los tres años anteriores;
- Durante el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia;
- Sea o haya sido miembro de la Asamblea en el último año;
- 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 ordenes 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 resolutiva 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 DAFF

¿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.”¹⁰

- **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;
- 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 inexequible por sentencia C-468 de 2008).
- c) Esté inciso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo 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 exequible 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 6º, 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

¹⁰ Procuraduría General de la Nación Concepto N° 4491 de 20 de febrero de 2008. Dr. Edgardo Jose Maya Villazon. Expediente D-7143 Corte Constitucional.

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. 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 distingos, 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 inexequible 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 DAFFP

¿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 decide 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 4º 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 4º 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 4º, 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 2º y 5º, 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 2º y 5º, 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 Alvaro 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 1º 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, 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 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 aún 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 sobrevenientes 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 predictable 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 sobreveniente.

“ 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 DAFP

Un cuñado de un concejal del Municipio de Alban - 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 Alban - 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 DAFFP

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 excluídos de ella;
- d. Como empleados públicos de cualquier orden hubieren sido suspendidos por dos veces o destituídos;
- 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 esta 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 Pùblicos 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 Pùblico “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 Pùblicos 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 trascibieron 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.”¹¹

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.”¹²

INCOMPATIBILIDADES COMUNES A TODOS LOS SERVIDORES PÚBLICOS

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

¹¹ Sentencia No. C-349 de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-426 de 1996. Magistrado Ponente, Doctor Hernando Herrera Vergara

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.

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. **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 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 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, llámeselo sueldo, honorario, mesada pensional, etc...”

- ✓ **La Corte Constitucional mediante Sentencia C-206de 2003, Magistrado Doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNELL, 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 DAFF

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 DAFFP

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 parágrafo 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, incurirá 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. 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 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 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, entendiendo 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, incurirá en causal de mala conducta."

Ley 5^a 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 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."*

"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 inexequibilidad 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 Rodriguez 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 N° 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 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)

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 1º 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 Nº 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 las 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 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”*

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 BOGOTÁ-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 más 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, *ibidem*; y concretamente, en lo que ataña 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. cito* 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 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)

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, aún 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 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 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, segundo 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 valido 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, segundo 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.¹³

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

¹³ Esta incompatibilidad se extendería igualmente a los miembros de juntas administradoras locales.

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: 1^a) 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); 2^a) 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. 40); 3^a) Los límites de los derechos fundamentales tienen que ser de interpretación restrictiva; 4^a) 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.¹⁴

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.”

¹⁴

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.

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. “(…)”

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 vician 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 desempeño 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 desempeño 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 medico, 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 fijo 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 Quibdo, 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 Quibdo 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, incurirá 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-Restrictos: 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 allegar 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 FLORIEN RODRÍGUEZ 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 accredita 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 FLORIEN, 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 DAFF

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 Guachetá, 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)

PARAFO: 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, incurirá 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 refiere 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 período, 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"¹⁵. 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 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 oportunidades¹⁶, 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.

¹⁵ Sentencia C-181 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

¹⁶ 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.

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.”

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 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 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 ese 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.

Entiendo 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 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 8o. 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. Adíjuese un literal j) al numeral 1 y un inciso al parágrafo 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 80., 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 80. y 90. 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-221de 1996, respecto a las inhabilidades e incompatibilidades sobrevenientes, 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 aquéllo no fuere posible. Tampoco se vulnera la Carta por consagrarse 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** sobrevenientes, 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 DAFF

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 públicas.”

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”¹⁷.

¹⁷ Sentencia C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

Concepto DAFF

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 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.

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.

Concepto DAFF

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”¹⁸.

¹⁸ Sentencia C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

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 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 desprendérse 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.