

DIPUTADO - Inhabilidad por parentesco con autoridad administrativa / PARENTESCO CON AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - Presupuestos para que se configure inhabilidad / FUNCIONARIO PUBLICO - Comprende los conceptos de empleado público y trabajador oficial / PRESIDENTE DE CONCEJO MUNICIPAL - No es funcionario público

Para la configuración de la causal de inhabilidad que se analiza se requiere de la reunión simultánea de los siguientes supuestos: i) la elección, esto es, que el demandado ha sido elegido Diputado; ii) el vínculo del elegido por matrimonio, unión permanente o parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil con funcionario público; iii) que el vinculado o pariente del elegido haya ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar; iv) que la autoridad la haya ejercido dentro de los doce meses anteriores a la elección y v) que la autoridad la haya ejercido en el respectivo departamento. El funcionario, en rigor jurídico, es aquel servidor público que desempeña funciones públicas de manera individual y se halla investido de autoridad, jurisdicción o mando. La jurisprudencia de esta Sección precisó que con la denominación “funcionario” de la Ley 617 de 2000 comprendió las categorías de “empleado oficial” y de “trabajador oficial” a que alude el artículo 123 de la Carta Política. El Concejal, según el artículo 123 de la Carta, es un servidor público perteneciente a la categoría “miembros de corporación pública”; naturaleza que reitera expresamente el artículo 312 ibídem, al prever que “Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos”. En ese orden de ideas, el Concejal es un servidor público que no tiene la calidad de funcionario, claro está, en el alcance que esa expresión tiene en el régimen de inhabilidades para Diputado previsto en el artículo 33 de la Ley 617 de 2000, pues en el contexto normativo de dicho régimen tal calidad comprende las categorías de empleado público y de trabajador oficial, ninguna de las cuales corresponde a la del Concejal, servidor público de la especie “miembros de corporación pública”. Y la calidad de “miembro de corporación pública” que le niega la condición de “funcionario” no se altera en modo alguno por el hecho de ocupar alguna dignidad de la Mesa Directiva de la respectiva corporación. De aceptarse que el Presidente del Concejo es un funcionario que ejerce autoridad administrativa o civil se resquebrajaría el orden jurídico en materia de inhabilidades de miembros de corporaciones públicas, pues ningún concejal que ocupe tal dignidad en el último año de su período podría ser reelegido ni podría aspirar a ser Diputado. Así las cosas, si el Concejal no es funcionario público, resulta innecesario verificar los demás presupuestos de configuración de la causal de inhabilidad invocada.

NOTA DE RELATORIA: sobre el concepto de funcionario, se reitera la sentencia 2307 de 23 de septiembre de 1999. Sección Quinta. Y con relación a que el concepto de funcionario público comprende los de empleado público y trabajador oficial, se reitera la sentencia 3182 de 29 de abril de 2005. Sección Quinta.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil ocho (2008).

Radicación numero: 50001-23-31-000-2008-00006-02

Actor: CARLOS ALBERTO GNECCO QUINTERO

Demandado: DIPUTADO A LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL META

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 18 de julio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante la cual negó la pretensión de nulidad del acto que declaró la elección del señor Jorge Felipe Carreño Sánchez como Diputado de la Asamblea del Departamento del Meta para el período 2008 a 2011.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

A. LAS PRETENSIONES.-

El señor Carlos Alberto Gnecco Quintero, en nombre propio y en ejercicio de la acción pública de nulidad de carácter electoral, solicitó la nulidad del Acuerdo número 0012 del 26 de diciembre de 2007, por el cual el Consejo Nacional Electoral declaró la elección del señor Jorge Felipe Carreño Sánchez como Diputado del Departamento del Meta para el período 2008 a 2011. Pidió, además, la cancelación de la correspondiente credencial, así como *“ordenar a quien corresponda, suplir la vacante por el candidato siguiente en el orden de votación conforme al sistema de lista con voto preferente del Partido Social de Unidad Nacional”*.

B. LOS HECHOS.-

Como fundamento de hecho, el demandante sostuvo que el señor Jorge Felipe Carreño Sánchez se encontraba inhabilitado para ser elegido Diputado del Meta por ser hermano del señor Milton Virgilio Carreño Sánchez, quien se desempeñó como Presidente del Concejo del Municipio de Villavicencio dentro de los diez meses anteriores a la fecha de la elección acusada, esto es, anteriores al 28 de octubre de 2007, pues ejerció como tal desde el 1° de enero de 2007, día de su posesión, hasta el 26 de enero siguiente, día en que presentó renuncia y le fue aceptada.

Agregó que, advertida esa inhabilidad, en la audiencia de escrutinio departamental solicitó a la Comisión Escrutadora Departamental que se abstuviera de declarar la elección del señor Jorge Felipe Carreño Sánchez. No obstante, tal petición fue denegada, tanto en primera como en segunda instancia, por no haberse demostrado el vínculo de parentesco alegado, ni las funciones del Presidente del Concejo del Municipio de Villavicencio.

C. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.-

A juicio del demandante, el acto de elección acusado debe anularse por incurrir el demandado en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, cuyos presupuestos denomina y verifica de la manera como se resume a continuación:

- 1°. Que el candidato a Diputado tenga vínculo de parentesco en segundo grado de consanguinidad con funcionario del respectivo departamento. Con los registros civiles de nacimiento aportados se demuestra el vínculo de parentesco en segundo grado de consanguinidad que une a los señores Jorge Felipe y Milton Virgilio Carreño Sánchez, por ser hijos, ambos, de los señores Milton Virgilio Carreño Betancourt y Marina del Socorro Sánchez Barrera.
- 2°. Que el funcionario que determina la inhabilidad haya ejercido autoridad civil o administrativa en el respectivo departamento. Del conjunto de funciones del Presidente del Concejo del Municipio de Villavicencio las señaladas en los numerales 1, 5, 14, 19 y 21 del artículo 10° del Acuerdo 002 de 2005, modificado por el Acuerdo 008 de ese mismo año, dan cuenta del ejercicio de autoridad civil y administrativa, conceptos que no se agotan en las definiciones de la Ley 136 de 1994, siendo necesario *“un análisis concreto de la ubicación del cargo en la estructura administrativa, de la naturaleza de las funciones atribuidas y del grado de autonomía del funcionario de que se trate en la toma de decisiones”*. En concreto, la autoridad administrativa del señor Milton Virgilio Carreño Sánchez deriva de la competencia para contratar y ordenar los gastos y la autoridad civil está probada por haber dado posesión a servidores públicos el 5 de enero de 2007, por haber instalado la sesión del Concejo del 26 de enero siguiente y por haber encargado la presidencia en esa misma sesión, para efectos de que le fuera aceptada su renuncia. Todo

ello demuestra que el señor Milton Virgilio Carreño Sánchez “se encontraba revestido de poder, facultad, mando o magistratura” en el Departamento del Meta, pues de él hace parte el Municipio de Villavicencio.

- 3°. Que el ejercicio de dicha autoridad haya tenido lugar dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección del Diputado. Si bien es cierto que el 28 de diciembre de 2006 el señor Milton Virgilio Carreño Sánchez se posesionó como Presidente del Concejo del Municipio de Villavicencio, dicho acto produjo efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2007. Por tanto, ejerció autoridad civil y administrativa dentro de los diez meses anteriores a la jornada electoral del 28 de octubre de 2007.

Finalmente, recordó que la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencias del 6 de abril de 2006, proferidas en los expedientes 3765 y 3859, aclaró que, si bien los concejales considerados como tales no ejercen autoridad civil, política, administrativa ni militar, los presidentes de los concejos municipales son funcionarios que sí ejercen autoridad civil y administrativa.

Así mismo, que la Corte Constitucional, en sentencia del 7 de marzo de 2006, expediente T-1217524, manifestó que “los concejales municipales son funcionarios públicos; de los miembros del Concejo Municipal, el que se desempeñe como Presidente ejerce autoridad administrativa”. Y luego, en sentencia C-222 de 1999, precisó que “Del hecho de que la Constitución Política manifieste en forma clara e inequívoca que los concejales municipales no son empleados públicos no se desprende que les pueda ser suprimido o ignorado su carácter de funcionarios”.

D. SUSPENSION PROVISIONAL.-

En escrito separado de la demanda, el señor Carlos Alberto Gnecco Quintero solicitó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado. Dicha medida fue negada por auto del 5 de febrero de 2008, confirmado por esta Sala mediante providencia del 24 de abril siguiente.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Diputado Jorge Felipe Carreño Sánchez, por intermedio de apoderado, contestó la demanda para señalar, en síntesis, lo siguiente:

- 1°. Todo régimen de inhabilidades restringe gravemente el derecho fundamental a la participación política. Por ende, debe interpretarse bajo criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, privilegiando al máximo las posibilidades de ejercicio de ese derecho. Al respecto, la jurisprudencia constitucional impone una interpretación estricta y ceñida rigurosamente al texto legal (sentencia C-373 de 1995 de la Corte Constitucional).
- 2°. De acuerdo con la interpretación que la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo le ha dado al artículo 123 de la Constitución Política, la Sección Quinta de esa misma Corporación señaló que *“no debe prestarse a confusión la calidad de empleado público con la de servidor público, donde el primero es apenas una especie del género que es el último (...) En el mismo orden de ideas, es dable afirmar que aunque los empleados públicos y los miembros de las corporaciones públicas se identifican como servidores públicos, unos y otros registran diferencias sustanciales”* (sentencia del 3 de marzo de 2005, expediente 3502, que reitera la de Sala Plena del 2 de julio de 2002, expediente PI-037).
- 3°. Esa línea jurisprudencial no ha sido modificada en los términos previstos en el numeral 6° del artículo 37 de la Ley 270 de 1996, según el cual *“En el supuesto de que se advierta la necesidad de introducir un cambio o modificación, la Sección debe llevarlo a consideración de la Sala Plena Contencioso Administrativa, antes de producir la sentencia, para que ésta la dicte, en caso de que considere conducente la solicitud”*.
- 4°. La Presidencia del Concejo Municipal se ejerce por el hecho de ser miembro de esa corporación pública, calidad que no corresponde a la de funcionario o empleado público, esto es, a la condición exigida por la norma invocada, entendida ésta en su estricto tenor literal.
- 5°. El ejercicio de autoridad civil o administrativa que inhabilita es el que se predica de empleados públicos y no de miembros de corporaciones públicas. En ese sentido, es destacable que la tesis jurisprudencial en la cual se apoya la demanda haya reconocido que los Presidentes de los Concejos

efectivamente pertenecen a una categoría distinta de la de los empleados oficiales (sentencia del 6 de abril de 2006, expediente 3765).

- 6°. Sólo admitiendo una interpretación extensiva y analógica de los presupuestos de la inhabilidad que se analiza es como puede concluirse que los Presidentes de los Concejos son funcionarios que ejercen autoridad civil y administrativa.
- 7°. Para que exista inhabilidad no basta tener asignadas ciertas funciones, es necesario probar que ellas fueron efectivamente ejercidas. Bajo ese entendido debe examinarse la certificación aportada por el Secretario General del Concejo Municipal de Villavicencio, según la cual durante los 26 días de ejercicio como Presidente de esa Corporación, el señor Milton Virgilio Carreño Sánchez *“no suscribió contratos a nombre del Concejo, no ordenó gastos y no ejerció su potestad disciplinaria o nominadora frente a los empleados de la corporación”*.
- 8°. El haber dado posesión a determinados servidores y haber instalado una sesión del Concejo Municipal son hechos que distan mucho de las actividades de mando, decisión o imposición que implican el ejercicio de autoridad civil o administrativa y que, para los efectos de la inhabilidad que se analiza, generan situaciones capaces de alterar la igualdad en una contienda electoral.
- 9°. La circunscripción electoral departamental es distinta de la circunscripción electoral municipal, independientemente de que la primera contenga al municipio del cual se predica la segunda. En la inhabilidad endilgada es necesario que el ejercicio de autoridad tenga lugar en la circunscripción departamental, presupuesto territorial que tampoco se configura en el caso concreto. Así se pronunció el Consejo de Estado al resolver una demanda de nulidad por la inhabilidad que infundadamente se predicó de quien fue elegido Representante a la Cámara por el Departamento de Boyacá por razón de su parentesco con quien ejerció autoridad en un municipio de ese departamento (sentencia del 18 de septiembre de 2003, expedientes acumulados 2889 y 2907).

3. TERCEROS INTERVINIENTES

Del señor Milton Virgilio Carreño Sánchez.-

El señor Milton Virgilio Carreño Sánchez, admitiendo el vínculo de parentesco que, según la demanda, lo une con el señor Jorge Felipe Carreño Sánchez, intervino en el proceso para oponerse a las pretensiones de la demanda.

En ese sentido, apoyado en idénticos argumentos a los expuestos por el apoderado del demandado, concluyó que como Concejal del Municipio de Villavicencio no inhabilitó a su hermano, pues además de que no tuvo la condición de funcionario público, sino la de miembro de corporación pública, tampoco ejerció autoridad civil ni administrativa.

De la señora Adibi Jalima Jalafes Montes.-

La señora Adibi Jalima Jalafes Montes intervino para coadyuvar las pretensiones de la demanda. Además de insistir en las citas jurisprudenciales hechas por el demandante, agregó lo siguiente:

- 1°. Llama la atención el silencio del demandado respecto de las consideraciones de la Comisión Escrutadora Departamental, según las cuales *“efectivamente existe una inhabilidad entre los hermanos Carreño Sánchez, la cual debía ser probada con los registros civiles”*.
- 2°. El Consejo Nacional Electoral, en consulta 3032 de 2006, sostuvo que *“la ciudadana cuya madre se desempeña como presidente del concejo municipal de un municipio integrante del departamento en el que aspira ser diputada, se encuentra inhabilitada para inscribirse como candidata y ser elegida, salvo que la funcionaria se desvincule de la presidencia del concejo municipal antes de los doce meses anteriores a al fecha de elección”*.
- 3°. La tesis jurisprudencial expuesta por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 6 de abril de 2006, expediente 3765, desvirtúa los argumentos de la defensa, pues de la lectura de ese fallo se concluye que *“los presidentes de los concejos municipales ejercen autoridad administrativa, inhabilita a quien tenga con él, vínculos hasta el segundo*

grado de consanguinidad, y además, tienen la calidad de ser funcionarios públicos”.

4. SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Meta, mediante sentencia del 18 de julio de 2008, negó las pretensiones de la demanda.

Consideró que la situación de hecho planteada da cuenta de la inexistencia de uno de los presupuestos de configuración de la inhabilidad alegada, concretamente, el relacionado con la condición de funcionario público que debe tener el pariente del elegido; carencia que, a su juicio, es argumento suficiente para despachar desfavorablemente las pretensiones. En ese sentido, explicó que el concejal, aunque servidor público, no es funcionario o empleado, ni siquiera por haber sido Presidente del Concejo, pues este hecho no cambia la naturaleza de ese cargo.

Para justificar la inobservancia del precedente jurisprudencial traído a colación por el demandante, hizo mención de la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la materia (sentencia del 20 de marzo de 2001, expediente AC-12157), la cual consideró *“con fuerza vinculante por ser de Sala Plena, que desplaza la de la Sección Quinta que insistentemente invoca el demandante”*. Así mismo, del principio de interpretación restringida que debe orientar la comprensión del alcance de las normas que limitan derechos. Finalmente, aclaró que las consideraciones de la Corte Constitucional citadas en la demanda constituyen un mero *obiter dictum*, sin fuerza vinculante en materia electoral, por estar referidas a un asunto disciplinario.

5. RECURSO DE APELACION

El demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia y, por intermedio de nuevo apoderado, señaló lo siguiente:

- 1°. Es equivocado suponer que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo es instancia unificadora de la jurisprudencia contenciosa administrativa cuando actúa en ejercicio de competencia diferente de aquella que, por la vía

del recurso extraordinario de súplica, sí le permitía actuar como tal. Ese yerro se predica de la sentencia apelada, pues se apoya en un pronunciamiento de Sala Plena que resolvió una solicitud de pérdida de investidura de congresista, esto es, que se emitió en ejercicio de una competencia de contenido político y disciplinario y no como revisión de lo decidido por una Sección o Subsección del Consejo de Estado.

- 2°. En todo caso, tampoco es aceptable la pretensión de que la hermenéutica fijada con ocasión del recurso extraordinario de súplica -hoy derogado- prevalezca sobre las nuevas y vigentes interpretaciones de las Secciones y Subsecciones del Consejo de Estado, algunas de rectificación. Lo contrario sería tanto como *“petrificar hacia el futuro la jurisprudencia, porque al haber desaparecido dicha competencia en manos de la Sala Plena, no habrá tampoco por este conducto, dinámica jurisprudencial”*.
- 3°. Es insuficiente el argumento con que se descarta la aplicabilidad, en materia electoral, de lo considerado por la Corte Constitucional en sentencia C-222 de 1999 cuando precisó que el concejal es funcionario público.
- 4°. La Sección Quinta del Consejo de Estado explicó suficientemente las razones por las cuales lo considerado en la sentencia del 20 de marzo de 2001 de la Sala Plena, a la cual el fallo apelado le otorgó fuerza vinculante, no resulta acertado. Tales razones justifican en este caso la revocatoria solicitada.
- 5°. Establecido que el hermano del elegido tuvo la condición de funcionario público, queda por examinar en segunda instancia si en tal calidad ejerció autoridad política, civil o administrativa dentro de los doce meses anteriores a la elección acusada. En ese orden de ideas, basta recordar que los Presidentes de los Concejos, entre ellos, el del Municipio de Villavicencio, tienen la competencia para contratar y ordenar gastos con cargo al presupuesto municipal, para investigar disciplinariamente a los empleados de la corporación, para instalar, presidir y mantener el orden de las sesiones - incluso, con el auxilio de la fuerza pública-, declarar y suplir vacancias, disponer determinados reemplazos, entre otras atribuciones (artículos 51 y 67 de la Ley 179 de 1994 y Reglamento Interno del Concejo del Municipio de Villavicencio).

- 6°. Exigir el ejercicio efectivo de la autoridad como requisito para configurar la inhabilidad es equivocado, pues *“el verdadero desequilibrio frente a las reglas igualitarias de acceso a la función pública, se gesta es a través de la titularidad del cargo (...) se trata de una técnica legislativa a la que se apela por el legislador para generalizar los destinos públicos que puedan encontrarse por su contenido funcional, en aptitud potencial de favorecer a quien lo ocupa o al familiar de quien lo ocupa (...) de no ser así bastaría con que el titular de las funciones, se cuidara de no ejercerlas o las delegara en un subalterno para eximirse materialmente de la posibilidad de inhabilitarse o de inhabilitar al familiar (...) permitiendo de esta forma, la introducción velada del nepotismo que con la prohibición legal se ha querido evitar”*.
- 7°. El hecho de instalar y presidir una sesión de Mesa Directiva no da cuenta de una actividad de mero impulso como lo quiere hacer ver la defensa, *“sino el ejercicio efectivo de una competencia atribuida a quien representa la Corporación; es un acto de autoridad administrativa, porque no está reservado al azar a cualquier concejal sino al Presidente de la Corporación y el hecho de que en defecto de él, la pueda ejercer el Vice-presidente, no releva a dicha función, de su connotación de acto de autoridad (...) y su hubo sesión, también se ejerció de forma latente o expectante la función de autoridad civil, porque a esta comparecieron particulares a presenciara, bajo la autoridad reglamentaria del Presidente”*.
- 8°. La jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado ha acogido la interpretación de la demanda, según la cual el ejercicio de autoridad por el desempeño de un cargo municipal configura la inhabilidad de alcance departamental que se analiza (sentencia del 14 de julio de 2005, expediente 3543).

6. ALEGATOS DE CONCLUSION

Del demandado Jorge Felipe Carreño Sánchez.-

El apoderado del demandado intervino en la segunda instancia para insistir en los argumentos planteados en el escrito de contestación y agregar que lo considerado por las autoridades electorales al resolver la reclamación a la cual alude la demanda, no es prueba de la inhabilidad endilgada.

Del demandante Carlos Alberto Gnecco Quintero.-

En la oportunidad para alegar de conclusión, el apoderado del demandante expuso como argumentos de respaldo a su tesis, los siguientes:

- 1°. La presidencia del concejo municipal hace a su titular capaz, material y jurídicamente, de *“quebrar respecto de cualquier otro aspirante a un destino de elección popular, la igualdad de acceso a cargos públicos; toda vez que como dignidad traduce el desempeño de funciones propias inscritas dentro de las relacionadas con carácter enunciativo en los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994”*.
- 2°. No puede admitirse el *“criterio meramente orgánico”* con fundamento en el cual se acepta que los presidentes de los concejos municipales, a pesar de ejercer autoridad civil o administrativa, no generen el supuesto fáctico de la inhabilidad alegada.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado no rindió concepto de fondo.

II. CONSIDERACIONES

De la competencia y oportunidad.-

De conformidad con lo establecido en los artículos 129 y 231 del Código Contencioso Administrativo, esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Meta, en ejercicio de la competencia que el numeral 8° del artículo 132 ibídem le asigna a los Tribunales Administrativos para conocer, en primera instancia, de los procesos de nulidad electoral de los Diputados.

El recurso de apelación se interpuso dentro del término que para el efecto señala el artículo 250, inciso primero, del Código Contencioso Administrativo.

Del fondo del asunto.-

Se cuestiona la legalidad del acto que declaró la elección del señor Jorge Felipe Carreño Sánchez como Diputado de la Asamblea del Departamento del Meta para el período 2008 a 2011, contenido en el Acuerdo 0012 del 26 de diciembre de 2007 del Consejo Nacional Electoral (copia autenticada obra a folios 24 a 32 del expediente).

A juicio del demandante ese acto debe anularse porque el elegido se encontraba inhabilitado por ser hermano del señor Milton Virgilio Carreño Sánchez, quien dentro de los 12 meses anteriores a su elección ejerció como Presidente del Concejo del Municipio de Villavicencio, hecho que, según plantea, implicó para este último el ejercicio de autoridad civil y administrativa en el Departamento del Meta.

El Tribunal denegó la nulidad por considerar que el ejercicio como Presidente del Concejo Municipal no es situación que se asimile a la exigida por la ley como presupuesto de hecho de la causal de inhabilitación invocada, esto es, la del parentesco con funcionario que haya ejercido autoridad civil o administrativa.

El demandante impugnó tal decisión para insistir en la configuración de la inhabilitación, apoyado principalmente en pronunciamientos de la Sección Quinta del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional que, a su juicio, respaldan su tesis.

Causal de inhabilitación invocada y pruebas recaudadas.-

La causal de inhabilitación de que trata la primera parte del numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000¹, es del siguiente tenor:

“Artículo 33.- De las inhabilitaciones de los Diputados. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:

(...)

¹ Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 299 de la Constitución Política, “*El régimen de inhabilitaciones 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*”, esta Sección ha considerado que la causal del numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 resulta ajustada a dicho mínimo de rigor. Ver sentencia del 14 de julio de 2005, expediente 3543, reiterada en sentencias del 11 de agosto de 2005, expediente 3580, del 7 de diciembre de 2006, expediente 4135 y del 9 de agosto de 2007, expedientes acumulados 3960 y 3966.

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; (...)"

Luego, para la configuración de la causal de inhabilidad que se analiza se requiere de la reunión simultánea de los siguientes supuestos: i) la elección, esto es, que el demandado ha sido elegido Diputado; ii) el vínculo del elegido por matrimonio, unión permanente o parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil con funcionario público; iii) que el vinculado o pariente del elegido haya ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar; iv) que la autoridad la haya ejercido dentro de los doce meses anteriores a la elección y v) que la autoridad la haya ejercido en el respectivo departamento.

Para la demostración de cada uno de los supuestos en el expediente obran las siguientes pruebas:

- 1°. Mediante Acuerdo número 0012 del 26 de diciembre de 2007, el Consejo Nacional Electoral declaró la elección del señor Jorge Felipe Carreño Sánchez como Diputado de la Asamblea del Departamento del Meta para el período 2008 a 2011 (copia autenticada de ese acto obra a folios 24 a 31).
- 2°. Registros civiles de nacimiento de los señores Jorge Felipe y Milton Virgilio Carreño Sánchez, en los cuales consta que ambos son hijos de la señora Marina del Socorro Sánchez Herrera y del señor Milton Virgilio Carreño (folios 40 y 41).
- 3°. Certificación del Secretario General del Concejo del Municipio de Villavicencio, en la que hace constar que el señor Milton Virgilio Carreño Sánchez se desempeñó como Concejal de ese Municipio durante el período comprendido entre el 2 de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2007 (original obra a folio 275).
- 4°. El Presidente del Concejo del Municipio de Villavicencio remitió copia del acta de posesión del señor Milton Virgilio Carreño Sánchez como Presidente de esa corporación, de fecha 28 de diciembre de 2006 *“para surtir efectos fiscales del 1° de enero del año 2007”* (visible a folios 276 a 278) y copia del Acta número 001 del 26 de enero de 2007 de la Mesa Directiva del Concejo

del Municipio de Villavicencio, correspondiente a la sesión de esa fecha y en la que aparece constancia de la aceptación de la renuncia, a partir de ese día, del señor Milton Virgilio Carreño Sánchez al “cargo de Presidente del Concejo Municipal, para el período 2007” (visible a folios 282 y 283).

5°. El Presidente del Concejo del Municipio de Villavicencio remitió copia del Acuerdo número 002 del 3 de abril de 2005, por el cual se modificó el reglamento interno de esa corporación y en cuyo artículo 10 se señalan como funciones del Presidente las siguientes (folios 242 a 274):

- “1- *Actuar en representación del Concejo, en los actos y actividades que le correspondan.*
- 2- *Presidir las Sesiones Plenarias.*
- 3- *Fomentar las relaciones de la Corporación con el Gobierno y los demás Concejos del país.*
- 4- *(modificado por el Art. 2° del acuerdo No 008 de 2005) Someter a discusión y aprobación las Actas de la Corporación y una vez aprobadas sean firmadas por el Presidente y Secretario General de la misma.*
- 5- *Dar posesión a los Concejales, los Vicepresidentes, el Secretario y demás funcionarios de la corporación, previo el lleno de los requisitos pertinentes.*
- 6- *Recibir la renuncia presentada por los Concejales.*
- 7- *Disponer las medidas necesarias para hacer efectiva la declaratoria de nulidad de la elección de un Concejal.*
- 8- *Hacer efectivo el cese de funciones de un Concejal por la declaratoria de Interdicción Judicial.*
- 9- *Declarar las vacancias temporales y absolutas de los Concejales y disponer lo pertinente para su reemplazo, previa decisión de autoridad competente.*
- 10- *Una vez aprobados los casos de incapacidad, calamidad doméstica y licencias no remuneradas superior a tres (3) meses de los funcionarios de la corporación, disponer lo pertinente a su reemplazo.*
- 11- *Designar ponente de los Proyectos de Acuerdo y Coordinador de Ponentes cuando fueron dos o más los designados para un mismo Proyecto.*
- 12- *Sancionar y publicar los Proyectos de Acuerdo cuando la Plenaria hubiere rechazado las objeciones por inconveniencia formuladas por el Alcalde y éste no lo sancione.*
- 13- *Firmar los Proyectos de Acuerdo aprobados por el Concejo.*
- 14- *Dirigir los debates, mantener el orden, cumplir y hacer cumplir el reglamento y decidir las dudas de interpretación que acerca de éste se susciten.*
- 15- *Designar el Coordinador y los integrantes de las Comisiones Accidentales.*
- 16- *Requerir al Presidente de la Comisión Permanente o de las Comisiones Accidentales, para que presenten sus informes dentro de los términos legales o en el que se les haya fijado.*
- 17- *Solicitar a los Representantes de las Entidades Públicas o Privadas en funciones públicas, los documentos o informaciones relacionadas*

directamente con asuntos de interés público investigados por la Corporación.

- 18- *Presentar informe de labores al término de su gestión.*
- 19- *Ordenar y autorizar los gastos con cargo al presupuesto de la Corporación.*
- 20- *Dar cumplimiento a los Artículos 6°, 7° y 113° de este Reglamento.*
- 21- *Firmar los actos y contratos que sean necesarios en desarrollo de la administración y de la ejecución presupuestal.*
- 22- *(Modificado por el Art. 2° del Acuerdo No 008 de 2005).*
- 23- *Las demás contempladas en este Reglamento y en la Ley.”*

Se recuerda que, según las conclusiones del estudio del Tribunal de la primera instancia, la inhabilidad alegada no se configura en este caso porque el desempeño como Presidente del Concejo Municipal no otorga la calidad de funcionario, requisito exigido por la causal de inhabilidad del numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000.

El demandante insiste con su apelación en el criterio sostenido en las sentencias de esta Sección proferidas el 6 de abril de 2006, con intervención de la misma conjuez, en los expedientes 3765 y 3859.

En tales providencias se afirmó por la mayoría de los miembros de la Sección que la expresión “*funcionario*” comprende todas las personas que ejercen funciones públicas y que, por tanto, su concepto es sinónimo al de servidor público. Se llegó a esa conclusión luego de revisar el alcance que a esa expresión le dio el propio Constituyente al emplearla para referirse a los miembros de las corporaciones públicas (artículos 174, numeral 4°, 180, párrafo 2°, 235, 260 y 208) y a los servidores públicos en general (artículos 268, numeral 8°, 277 y 278). Y, también, por el sentido con que esa expresión fue usada, para referirse a los servidores públicos, en el literal e) del artículo 71 de la Ley 2001 de 1999, cuya constitucionalidad fue examinada en sentencia C-222 de 1999 de la Corte Constitucional -igualmente citada por el demandante-, en la cual el vocablo funcionario se emplea en el mismo sentido que lo hizo el referido artículo 71.

Esta interpretación del concepto de funcionario no ha sido objeto de reiteración por ninguna de las Salas del Consejo de Estado, ni se acoge en esta oportunidad, por las razones que a continuación se explican en detalle.

Del concepto de funcionario, en sentido estricto.-

El funcionario, en rigor jurídico, es aquel servidor público que desempeña funciones públicas de manera individual y se halla investido de autoridad, jurisdicción o mando. Así lo precisó esta Sección al acudir a la noción estricta para interpretar conforme a ella una disposición local:

“El acto legislativo 01 de 1996, modificó el artículo 299 de la Constitución de 1991, pero no convirtió en funcionarios públicos a los diputados de las asambleas departamentales, pues los mantiene comprendidos en el género de servidores públicos. Mientras la disposición original decía que “Los diputados no tendrán la calidad de funcionarios públicos”, la vigente indica que ellos “tendrán la calidad de servidores públicos”, que es la misma calidad atribuida a “los miembros de las corporaciones públicas” (artículo 123 de la Carta).

Es evidente, entonces, que los diputados, lo mismo que los demás miembros de las corporaciones públicas, como lo son los congresistas y los concejales municipales y distritales, no pueden tener la calidad de funcionarios públicos, pues, de un lado, no tienen ni desempeñan funciones públicas de manera individual y del otro, no están investidos de autoridad, jurisdicción ni mando, que distinguen al funcionario público.

En cada una de las ramas y órganos del Poder existen distintas clases de servidores públicos que la Constitución y la ley han clasificado con diferentes criterios por razón de la naturaleza de la función desempeñada (con autoridad y jurisdicción, o de apoyo y colaboración); o por el tipo de entidad donde se labora (sector central o descentralizado de la administración); o por la clase del vínculo de incorporación al servicio (contrato de trabajo o relación legal y reglamentaria).

De todos los cuerpos de normas que reglamentan la vinculación de las personas a los servicios del Estado y del oficio que desempeñan, sólo la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia consagra el concepto de funcionario distinguido con los elementos de autoridad y jurisdicción.

(...)

Es la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la que ha venido a consagrar el concepto, lo cual no significa que en las demás ramas del poder no tenga aplicación, ni exista la misma diferencia entre funcionarios y empleados.

En las asambleas departamentales, la autoridad está en cabeza de toda la corporación, la entidad dotada de funciones específicas por la Constitución Política. Pero la investidura del diputado, tomada en forma aislada, no aparece para su titular la calidad de autoridad, ni política, ni administrativa, ni judicial, en una palabra el diputado no es funcionario. Tampoco cabe predicar esa calidad de los diputados elevados a las dignidades de la mesa directiva porque ella proviene de la Constitución o de la ley.”²

No hay duda, entonces, de que, en estricto rigor jurídico, los miembros de las corporaciones públicas, entre ellos los concejales, no tienen la calidad de

² Sentencia del 23 de septiembre de 1999, expediente 2307.

funcionarios públicos, pues, además de que no desempeñan funciones públicas a título individual, no están investidos, en el mismo plano individual, de autoridad, jurisdicción o mando; notas características del funcionario público, según definición estricta de ese concepto.

El alcance del concepto de funcionario en la Ley 617 de 2000.-

Al examinar el contenido normativo de la causal de inhabilidad para Gobernador prevista en el numeral 5° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 y ante la evidencia de que ni la Constitución ni la ley establecen una diferencia clara respecto de los conceptos de funcionario y empleado público, esta Sección tuvo oportunidad de precisar el alcance de la expresión “*funcionarios*” empleada en dicho precepto.

En esa ocasión, al preguntarse por la diferencia entre los conceptos de “*funcionario*” y de “*empleado público*”, utilizados por el legislador al regular diferentes hipótesis de inhabilidad para Gobernador, la jurisprudencia de esta Sección precisó que con la denominación “*funcionario*” de la Ley 617 de 2000 comprendió las categorías de “*empleado oficial*” y de “*trabajador oficial*” a que alude el artículo 123 de la Carta Política.

Los argumentos jurídicos en esa oportunidad fueron los siguientes:

“Los conceptos de funcionario y empleado público no han sido diferenciados de manera precisa, como lo demuestra la lectura de la Constitución Política, cuyo texto hace referencia a los funcionarios (artículos 118, 125, 178-4, 189-13, 208, 249, 260, 268-8, 278, 292 y 313-8), como también a los empleados públicos (artículos 126, 127, 150-19, 189-18, 2778 y 312), sin establecer distinciones entre unos y otros.

La Carta Política sí cataloga en el artículo 123 a los empleados públicos como una de las categorías de los servidores públicos al lado de los miembros de las corporaciones públicas y los trabajadores. Sin embargo no lo hace respecto de los funcionarios.

(...)

De manera que la Carta no establece una diferencia expresa y precisa respecto de los conceptos de funcionario y empleado público. Y la ley, únicamente en relación con la Rama Judicial, establece un criterio diferenciador entre uno y otro, pues el artículo 130 de la Ley 270 de 1996 clasifica a sus servidores en funcionarios y empleados según la naturaleza de sus funciones. Esta clasificación produce efectos en relación con las

personas que prestan sus servicios en los órganos que integran esa Rama del Poder Público, mas no en aquellos que conforman la Rama Ejecutiva.

De esas normas constitucionales y legales no se desprende la conclusión en el sentido de que el concepto de funcionario es equivalente al de empleado público y que, por tanto, no comprende al trabajador oficial.

De esas normas se puede concluir que, al contrario, el funcionario público es la persona que presta servicios a una entidad pública desarrollando funciones que a ésta le corresponden.

Esta conclusión se desprende a nivel constitucional del numeral 5º. del artículo 179 de la Carta Política y a nivel legal del mismo numeral 5º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, que regulan de manera similar la inhabilidad respecto de los Congresistas y de los Gobernadores, respectivamente, pues una y otra norma establecen la inhabilidad respecto de los funcionarios que ejercen autoridad, lo cual indica que tanto para el constituyente como para el legislador hay funcionarios sin autoridad. Es decir que son funcionarios quienes prestan servicios a una entidad pública en funciones que impliquen el ejercicio de autoridad y aquellos que las prestan en funciones que no la implican. Es decir que funcionarios son todas las personas que prestan servicios a una entidad pública, independientemente de la forma de vinculación.

Ahora, los conceptos de empleado público y trabajador oficial sí tienen una clara diferencia en la ley, pues los primeros son los servidores que se vinculan mediante una relación legal y reglamentaria reflejada en el nombramiento y la posesión y los segundos quienes presten sus servicios en virtud de un contrato de trabajo (artículos 5º del decreto 3135 de 1968 y 1º y 3º del Decreto 1950 de 1973).

(...)

Los empleados públicos como los trabajadores oficiales prestan sus servicios en entidades públicas y ambas clases de servidores pueden ser considerados como funcionarios. Se concluye, entonces, que el concepto de empleado público por regulación constitucional y legal tiene un alcance restringido, pues es una de las categorías de los servidores públicos establecida en el artículo 123 de la Carta Política que, según la ley, son aquellos vinculados a la administración pública mediante una relación legal y reglamentaria. Y, en cambio, el concepto de funcionario es amplio, en cuanto, por lo menos para la rama ejecutiva, no tiene restricción alguna en su ámbito o alcance y, por lo tanto, comprende a todos los servidores que prestan servicios a una entidad pública y ejercen las funciones que a éstas corresponden, es decir a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

De otra parte, cabe anotar que el legislador ha contemplado de manera expresa la posibilidad de que tanto el empleado público como el trabajador oficial ejerzan autoridad y que, consecuentemente, ello pueda dar lugar a inhabilidad. En efecto, el artículo 188 de la Ley 136 de 1994 al señalar el concepto de autoridad civil dice que se entiende por tal "(...) la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones (...)" Y el artículo 190 al señalar el concepto de dirección administrativa dice que "También comprende a los empleados

oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios (...)” (subrayas de la Sala). Ahora se llega a la conclusión anterior en razón a que el concepto de empleado oficial es genérico y comprende al empleado público y al trabajador oficial (artículo 1º del Decreto 1848 de 1969).

(...)

Los numerales 3º y 5º del artículo 30 de la ley 617 de 2000 corresponden a hipótesis diferentes y, por lo mismo, el legislador podía, como en efecto lo hizo, establecer, en un caso, la inhabilidad si el candidato ejerce autoridad como empleado público y, en el otro, si su cónyuge, compañero permanente o un pariente suyo ejerce autoridad como funcionario. Por consiguiente, el intérprete no puede aplicar el numeral 5º con un alcance restringido y distinto al establecido por el legislador, a fin de equipararlo a la regulación del numeral 3º. La circunstancia de que el legislador no hubiera regulado de manera similar en uno y otro caso la inhabilidad derivada del ejercicio de autoridad, no habilita al intérprete para aplicar la norma con un alcance que permita asimilar los conceptos distintos utilizados en los numerales 3º y 5º mencionados para determinar el carácter de la persona que ejerce autoridad. El intérprete debe aplicar el numeral 5º del artículo 30 de la ley 617 de 2000 con el alcance que conceptualmente tiene la expresión “funcionario”, independientemente de que no coincida con el de “empleado público” que utiliza el numeral 3º de la misma norma.”³

Para la Sala es evidente que la hermenéutica jurídica con que en el fallo transcrito se precisó el sentido del vocablo “funcionarios” en la redacción del numeral 5º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 resulta perentorio y de igual forma aplicable en esta oportunidad, para determinar el sentido de esa misma expresión en la causal de inhabilidad para Diputado que se analiza, por ser norma de la misma ley objeto de interpretación.

Es indiscutible que el fundamento constitucional y legal expuesto en dicha sentencia es válido y aplicable para resolver esta controversia, principalmente, porque la interpretación sistemática respecto del régimen de inhabilidades para Gobernador es predicable en este caso y con idéntico alcance respecto del régimen de inhabilidades para Diputado. Ciertamente, la norma analizada en este caso comparte con la estudiada en la providencia transcrita varios aspectos, tales como, haber sido prevista en la misma ley, tener idéntico tenor literal y hacer parte de un similar régimen de inhabilidades.

La similitud de los regímenes de inhabilidades es relevante comoquiera que el alcance dado en aquella oportunidad al término “funcionarios” se sustentó, entre otras razones, en la interpretación sistemática de las expresiones “funcionarios” y

³ Sentencia del 29 de abril de 2005, expediente 3182.

“*empleado público*”, contenidas en las causales de inhabilidad para Gobernador previstas en los numerales 3° y 5° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, que son las mismas que para Diputado fijan los numerales 3° y 5° del artículo 33 de esa misma Ley.

Para demostrarlo basta la siguiente comparación de los respectivos textos:

GOBERNADOR (ARTICULO 30)	DIPUTADO (ARTICULO 33)
<p>3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como EMPLEADO PUBLICO, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento (...)</p> <p>(...)</p>	<p>3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como EMPLEADO PUBLICO, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento (...).</p> <p>(...)</p>
<p>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; (...)</p>	<p>5. <u>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; (...)</u></p>

Resulta incontrovertible que la ley en ambos artículos utilizó el concepto “*funcionarios*” en el mismo sentido jurídico; lo contrario resultaría inexplicable.

En síntesis, siguiendo la interpretación del numeral 5° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 fijada por la jurisprudencia de esta Sección, se concluye que **el sentido de la expresión “*funcionarios*” del numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 comprende los conceptos de “*empleado público*” y “*trabajador oficial*”.**

Para la configuración de la causal de inhabilidad del numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 es necesario que el pariente del elegido haya tenido la condición de “*funcionario*”, que en palabras de la jurisprudencia transcrita equivale a decir, “*empleado público*” o “*trabajador oficial*”, categorías de servidores públicos que, en el nivel nacional, desde la vigencia del Decreto 1950 de 1973, fueron definidos así:

“Artículo 3°.- Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los Estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.

En el nivel departamental, por el Decreto Ley 1222 de 1986:

“Artículo 233.- Los servidores departamentales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos departamentales se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Quienes presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta departamentales son trabajadores oficiales. No obstante, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas a que tengan la calidad de empleados públicos”.

Y, en el nivel municipal, por el Decreto Ley 1333 de 1986:

“Artículo 292.- Los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta municipales con participación estatal mayoritaria son trabajadores oficiales. Sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.

Finalmente, no sobra recordar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sentencia del 20 de marzo de 2001, expediente PI-12157, también se ocupó del problema jurídico de esta controversia, concluyendo en aquella oportunidad que el sentido del vocablo “funcionarios” del numeral 5° del

artículo 179 de la Constitución Política excluye a los concejales, en cuanto “servidores de elección popular directa que no tienen la calidad de empleados y, por consiguiente, tampoco de funcionarios”, de modo que “si el concejal no es empleado público, tampoco es funcionario”.

A juicio de esta Sala, la hermenéutica con que en aquella ocasión la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo fijó el sentido de la expresión “funcionarios” en la redacción del numeral 5° del artículo 179 de la Constitución Política resulta aplicable en esta oportunidad, para determinar el sentido de ese mismo vocablo en la causal de inhabilidad para Diputado del numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000.

Lo anterior, por cuanto se trata de normas de similar tenor literal y contexto, como se aprecia en el siguiente cuadro:

CONGRESISTA (ARTICULO 179 C.P.)	DIPUTADO (ARTICULO 33)
<p>3. Quienes hubieren ejercido, como EMPLEADOS PUBLICOS, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.</p> <p>(...)</p> <p>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.</p>	<p>3. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como EMPLEADO PUBLICO, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento (...).</p> <p>(...)</p> <p>5. <u>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; (...)</u></p>

De manera que, siguiendo la interpretación de los numerales 5° del artículo 179 de la Constitución Política y 5° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, fijada y reiterada por la jurisprudencia de esta Corporación, se insiste en que la expresión “funcionarios” del numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 comprende los conceptos de “empleado público” y “trabajador oficial”.

De la naturaleza del cargo de Concejal.-

Las anteriores conclusiones ponen de manifiesto que el vocablo “*funcionarios*” empleado en el numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 agrupa sólo dos de las tres categorías a las cuales acude la Constitución Política para clasificar a los servidores públicos. Ciertamente, la Constitución hace la siguiente clasificación:

“Artículo 123.- Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.” (Destaca la Sala).

En diferentes oportunidades esta Corporación ha reiterado la autonomía conceptual como categoría jurídica que, respecto de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales, se predica de los “*miembros de las corporaciones públicas*”, esto es, de los miembros del Congreso, las Asambleas, los Concejos y las Juntas Administradoras Locales⁴.

Ahora bien, el Concejal, según el artículo 123 de la Carta, es un servidor público perteneciente a la categoría “*miembros de corporación pública*”; naturaleza que reitera expresamente el artículo 312 ibídem, al prever que “*Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos*”.

En ese orden de ideas, **el Concejal es un servidor público que no tiene la calidad de funcionario, claro está, en el alcance que esa expresión tiene en el régimen de inhabilidades para Diputado previsto en el artículo 33 de la Ley 617 de 2000**, pues en el contexto normativo de dicho régimen tal calidad comprende las categorías de empleado público y de trabajador oficial, ninguna de las cuales corresponde a la del Concejal, servidor público de la especie “*miembros de corporación pública*”.

⁴ Sala Plena: Sentencias del 20 de marzo de 2001, expediente PI-12157; del 19 de febrero de 2002, expediente PI-0163; del 27 de agosto de 2002, expediente PI-025; del 5 de noviembre de 2002, expediente PI-049; Sección Quinta: Sentencias del 19 de enero de 1996, expediente 1490; del 3 de mayo de 2002, 2835; del 3 de abril de 2003, expediente 2868; del 2 de septiembre de 2004, expediente 3387; del 13 de mayo de 2005, expediente 3588; del 9 de junio de 2005, expediente 3706; del 25 de agosto de 2005, expediente 3635; del 1° de septiembre de 2005, expediente 3640; del 9 de agosto de 2007, expedientes acumulados 3960 y 3966. Sala de Consulta y Servicio Civil: Consultas números 802 del 22 de mayo de 1996; 1790 del 14 de diciembre de 2005; 1791 del 30 de noviembre de 2006,

Y la calidad de “miembro de corporación pública” que le niega la condición de “funcionario” no se altera en modo alguno por el hecho de ocupar alguna dignidad de la Mesa Directiva de la respectiva corporación.

En efecto, como lo reiteradamente sostenido esta Sección, *“la dignidad de Presidente del Concejo no le hace perder al servidor público su condición de Concejal con las consecuencias anotadas, pues sigue siendo miembro de una corporación pública, de modo que las funciones que desempeña en razón de esa dignidad las ejerce a título de Concejal”*⁵.

Además, de aceptarse que el Presidente del Concejo es un funcionario que ejerce autoridad administrativa o civil se resquebrajaría el orden jurídico en materia de inhabilidades de miembros de corporaciones públicas, pues ningún concejal que ocupe tal dignidad en el último año de su período podría ser reelegido ni podría aspirar a ser Diputado.

Así las cosas, si el Concejal no es funcionario público, resulta innecesario verificar los demás presupuestos de configuración de la causal de inhabilidad invocada.

Lo expuesto es suficiente para concluir en la improsperidad de la censura y, por ende, la Sala confirmará la sentencia impugnada.

III. LA DECISION

Por lo expuesto, **EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

⁵ Sentencia del 13 de mayo de 2005, expediente 3588. En similar sentido se había pronunciado en sentencia del 19 de enero de 1996, expediente 1490.

- 1°. Confírmase la sentencia dictada el 18 de julio de 2008 por el Tribunal Administrativo del Meta, por las razones expuestas en esta providencia.
- 2°. Reconócese personería al abogado Carlos Mario Isaza Serrano para actuar en representación del demandante, en atención al poder que obra a folio 452 del expediente.
- 3°. En firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidenta

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON
Salva voto

FILEMON JIMENEZ OCHOA

MAURICIO TORRES CUERVO

VIRGILIO ALMANZA OCAMPO
Secretario

CONCEJAL - Es funcionario público. Ejerce autoridad administrativa

La conclusión de que los concejales municipales o distritales no tienen la calidad de funcionarios públicos se refuta, de una parte, con las contundentes apreciaciones que hizo la Sección Quinta en las sentencias expedidas el 6 de abril de 2006, dentro de los expedientes 2004-0786/2004-0800 (3859) y 2004-0439 (3765), aprobadas con mi voto, en las que a través de un juicioso estudio constitucional se estableció que para el constituyente dentro de dicha categoría - funcionarios- están incluidos los miembros de las corporaciones públicas. Tanto en la concepción constitucional como en la concepción legal que se tiene del régimen de inhabilidades, se han distinguido, dentro del género de servidores públicos, las categorías de “empleado público” y “funcionarios”, sin que ello se pueda atribuir a torpeza o a falta de técnica legislativa tanto del constituyente como del Congreso de la República, puesto que la distinción tiene una relación bien importante en la lucha contra el nepotismo, en la que se comprometió el ordenamiento superior, encaminada a que tanto los empleados públicos como los funcionarios, dotados de autoridad, no utilicen ese poder derivado del Estado para interferir en las elecciones populares a favor de sus parientes candidatos. El mismo régimen de inhabilidades que se viene examinando tiene otra peculiaridad, consistente en que se abandona la categoría “empleado público” para sustituirla por la de

“funcionario”, cuando el impedimento para ser elegido se predica de aquél que es próximo o pariente, en los grados indicados, de la persona que se candidatiza a un cargo de elección popular, esto es se tilda de funcionario a quien tuvo en sus manos, dentro del período inhabilitante, prerrogativas públicas derivadas del ejercicio de autoridad. Cuál es la importancia, entonces, de este giro conceptual? Sin duda, es grande, puesto que habiendo aceptado el constituyente a lo largo de diferentes disposiciones constitucionales que los miembros de las corporaciones públicas de elección popular son igualmente funcionarios, el propósito de emplear tal acepción no es otro que el de impedir el nepotismo o las dinastías electorales a todo nivel, no solo frente a quienes se desempeñan como empleados públicos sino también respecto de aquellos que fungen como miembros de corporaciones públicas investidos de competencias excepcionales derivadas del ejercicio de autoridad. En términos prácticos las distintas causales de inhabilidad aquí transcritas, que emplean la expresión “funcionario”, van detrás de impedir que todos los servidores públicos incluidos en tal acepción, entre ellos concejales municipales o distritales, utilicen el poder que les confieren las distintas formas de autoridad para dirigir electores hacia las campañas políticas de sus parientes o seres más próximos, a lo que desde luego no pueden escapar los concejales, no solo quienes dentro del año anterior a la respectiva elección hayan obrado como Presidentes de la corporación, sino también respecto de todos los integrantes de la corporación, pues como se verá todos ellos ejercen autoridad. Así, afirmar que los concejales municipales o distritales no tienen la calidad de funcionarios porque “no desempeñan funciones públicas a título individual”, o que no pueden ser titulares de autoridad porque desde la perspectiva individual no han recibido esa atribución, es un desacierto jurídico. El criterio de la individualización de la autoridad en los cuerpos colegiados no es del todo coherente, ya que apelando a la existencia de la autoridad colegiada se pretende negar la existencia de la autoridad de cada uno de sus integrantes, desconociendo con ello que se sirve de la voluntad de sus integrantes, sin las cuales no podría existir, es decir que si las distintas competencias que el constituyente asignó a los concejos en el artículo 313 Constitucional evidencian que ese organismo cuenta con autoridad civil, política y administrativa, lo mismo debe decirse de quienes los integran, al ser depositarios igualmente de facultades para adoptar esa clase de decisiones. Por último, la condición de funcionario público debe definirse desde una perspectiva funcional porque su etimología indica bien claro que es todo aquel que cumple una función pública, lo que cobija a todos los servidores públicos, tal como lo preceptúa el inciso 2 del artículo 123 Constitucional al señalar que los mismos “ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”. Es decir, desde un punto de vista silogístico, si los funcionarios públicos son aquellos que cumplen funciones públicas y si los servidores públicos se caracterizan precisamente por eso, no hay duda que los concejales, que son servidores públicos, son funcionarios, ya que cumplen funciones de manera colegiada y de forma individual cuando son investidos de la calidad de presidente.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejera: MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

Bogotá D. C., doce (12) de diciembre de dos mil ocho (2008)

Respetuosamente expreso a continuación las razones que me llevaron a no acompañar la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2008 dentro del proceso de la referencia, donde en términos generales se sostuvo que el Presidente del Concejo Municipal no tiene la calidad de funcionario público y que por tanto no se

configuró la causal de inhabilidad del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, a pesar de que sus supuestos fácticos se hallaban debidamente probados. Por ejemplo, se hicieron aseveraciones, con las que desde luego no estoy de acuerdo, tales como:

“No hay duda, entonces, de que, en estricto rigor jurídico, los miembros de las corporaciones públicas, entre ellos los concejales, no tienen la calidad de funcionarios públicos, pues, además de que no desempeñan funciones públicas a título individual, no están investidos, en el mismo plano individual, de autoridad, jurisdicción o mando; notas características del funcionario público, según definición estricta de ese concepto.

.....

En ese orden de ideas, el Concejal es un servidor público que no tiene la calidad de funcionario, claro está, en el alcance que esa expresión tiene en el régimen de inhabilidades para Diputado previsto en el artículo 33 de la Ley 617 de 2000, pues en el contexto normativo de dicho régimen tal calidad comprende las categorías de empleado público y de trabajador oficial, ninguna de las cuales corresponde a la del Concejal, servidor público de la especie ‘miembros de corporación pública’.”

La conclusión de que los concejales municipales o distritales no tienen la calidad de funcionarios públicos se refuta, de una parte, con las contundentes apreciaciones que hizo la Sección Quinta en las sentencias expedidas el 6 de abril de 2006, dentro de los expedientes 2004-0786/2004-0800 (3859) y 2004-0439 (3765), aprobadas con mi voto, en las que a través de un juicioso estudio constitucional se estableció que para el constituyente dentro de dicha categoría – funcionarios- están incluidos los miembros de las corporaciones públicas. En esa oportunidad se arguyó:

“2. 2. El significado de la expresión funcionario público.

La Sala Plena de esta Corporación en sentencia de 20 de marzo de 2001, expediente AC-12.157, sostuvo que los concejales municipales no son funcionarios públicos, bajo la consideración de que “si bien es cierto que la Constitución no señala qué debe entenderse por empleado y funcionario público, no es menos cierto que defirió la definición de los dos conceptos jurídicos al legislador, de acuerdo con parámetros constitucionales y, en caso de vacío normativo, al intérprete”. Y agregó que la ley ha utilizado las expresiones empleado y funcionario público como sinónimos, tal como se advierte al examinar el artículo 5º de la Ley 4ª de 1913, y los Decretos 3074 de 1968, 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1651 de 1977. De lo anterior dedujo que como el artículo 312 constitucional establece que los concejales no son empleados públicos, debe entenderse que no son funcionarios públicos denotando que asumió ambas denominaciones como sinónimas.

2. 2. 1 *La Sala disiente de los criterios adoptados por la jurisprudencia anterior por varias razones, la primera de ellas porque asumir de modo general, infiriéndolo de algunos textos de normas legales, que solo son funcionarios públicos quienes tienen la condición de empleados públicos, desconoce la supremacía de la Constitución en aquellos casos en que ésta utiliza la primera expresión como*

sinónimo de servidores públicos o para referirse expresamente a los miembros de las corporaciones públicas, entre ellos a los concejales.

En efecto, la Constitución Política utiliza en el artículo 123 la expresión genérica “servidores públicos” para referirse a las personas que prestan sus servicios al Estado y comprende así a los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios y a los miembros de las corporaciones públicas. Dice así la norma:

“Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. ...”

Conforme a la norma transcrita, es claro que los concejales hacen parte de una categoría especial de servidores públicos que no tienen el carácter de empleados públicos ni de trabajadores del Estado. Pero la Constitución no utiliza solo las categorías anteriores para referirse a quienes sirven al Estado o ejercen funciones en su nombre en las ramas y órganos del poder público, sino también la de “funcionario público”, cuyo significado no es unívoco, puesto que en diversos artículos de la Constitución es utilizado como sinónimo de servidor público y en otros para referirse a los empleados y trabajadores del Estado o solo a los empleados, e incluso, en algunos artículos se utiliza con varios significados.

Así, el artículo 178.4 utiliza la expresión “funcionario” refiriéndose a los servidores que allí individualiza y que tienen el carácter de empleados, para otorgarles fuero especial para ser investigados por la Cámara de Representantes.

La misma expresión es utilizada como sinónimo de servidor público, que comprende tanto a los empleados y trabajadores del Estado como a los miembros de corporaciones públicas, por los siguientes artículos: parágrafo 2 del artículo 180, que establece que incurren en causal de mala conducta los funcionarios que nombren o contraten con congresistas o acepten que éstos actúen ante ellos como gestores en nombre propio o de terceros; el artículo 208, al disponer que las comisiones permanentes de las cámaras legislativas, además de los servidores que allí señala, podrán citar a otros funcionarios de la rama ejecutiva del poder público; el artículo 268.8 que faculta al Contralor General de la República para suspender, verdad sabida y buena fe guardada, a los funcionarios mientras culminan sus investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios; el artículo 277 que faculta al Procurador General de la Nación para requerir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria y el artículo 278 que lo faculta para desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en algunas de las faltas gravísimas que allí se discriminan, así como emitir concepto en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial.

Si se asumiera, como se hace en la jurisprudencia que se comenta, que solo los empleados públicos son funcionarios públicos, ello implicaría que los congresistas no pueden ser nombrados o contratados por un empleado público, V.gr., un Gobernador pero sí por el Presidente de una Asamblea Departamental o de un Concejo Municipal; que la Cámara no puede citar a un diputado pese a que hace parte de la rama ejecutiva en el nivel territorial o a un trabajador oficial; que la Contraloría no está facultada para suspender a un trabajador oficial o al Presidente de una Asamblea o de un Concejo Municipal que hayan hecho mal uso de los recursos públicos; que la Procuraduría General de la Nación no tiene competencia para requerir información a los miembros de las corporaciones

públicas ni a los trabajadores oficiales, ni destituirlos por la comisión de las faltas gravísimas de que trata el artículo 278 constitucional y que no podría emitir concepto en los procesos disciplinarios contra miembros del Congreso, pese a que tienen fuero especial.

La expresión funcionario público es utilizada en todos los casos anteriores como sinónimo de servidor público y así es entendida en el ejercicio de las competencias de la Contraloría y la Procuraduría, como es de general conocimiento.

2. 2. 2 *El argumento sostenido en la jurisprudencia que se examina, conforme al cual "la ley ha utilizado las expresiones empleado y funcionario público como sinónimos, tal como se advierte al examinar el artículo 5º de la Ley 4ª de 1913, y los Decretos 3074 de 1968, 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1651 de 1977" no impide reconocer que otras norma legales no utilizan tales términos como sinónimos sino que incluyen entre los funcionarios públicos a los miembros de las corporaciones públicas.*

Baste citar como ejemplo el literal e) del artículo 71, de la Ley 201 de 1999 "Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones" mencionado por los demandantes, que asignó a los concejales la condición de funcionarios públicos. La norma mencionada dispuso:

"Artículo 71. Funciones. Las procuradurías provinciales tendrán las siguientes funciones:

(...)

e) Conocer en primera instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los funcionarios del orden municipal de su comprensión territorial excepto los alcaldes y personeros y contra quienes sin tener el carácter de servidores públicos ejerzan funciones públicas transitorias del orden municipal".

La Corte Constitucional decidió mediante sentencia C-222 de 14 de abril de 1999, expediente D-2197, la demanda de inconstitucionalidad contra la expresión "funcionarios", contenida en la norma anterior, bajo las consideraciones siguientes:

" ... "

...No cabe duda en el sentido de que, por su carácter de servidores públicos, la función de vigilancia de la Procuraduría se extiende a quienes desempeñan cargos de elección popular, entre los cuales se encuentran los miembros de las corporaciones administrativas de las entidades territoriales y, claro está, cobija a los diputados y concejales y a todos aquellos que laboran para las asambleas y concejos.

La norma del artículo 71, literal e), de la Ley 201 de 1995, que se acusa por violación de los artículos 13 y 123 de la Carta, se refiere a los procesos disciplinarios que adelanten las procuradurías provinciales contra los "funcionarios" del orden municipal de su comprensión territorial, con excepción de los alcaldes y personeros, y contra quienes, sin tener el carácter de servidores públicos, ejerzan funciones públicas transitorias del orden municipal.

El cargo de las demandantes se dirige a atacar la palabra "funcionarios", por considerar que con ella se excluye a los concejales municipales, discriminándolos respecto de los demás servidores públicos municipales.

Se hace necesario entonces precisar el alcance del aludido término, en el contexto de la disposición legal, con el fin de determinar si efectivamente los concejales municipales están excluidos del ámbito de competencia específica que allí se estatuye para la Procuraduría.

El análisis de la norma impugnada implica la consideración de su contenido frente al artículo 123 de la Constitución Política, a cuyo tenor "son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

Respecto de los concejales municipales, la Constitución consagra en forma enfática (art. 312 C.P.) que "los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos". No obstante, en el artículo 123 *Ibíd*em sí se establece con claridad que los miembros de las corporaciones públicas son servidores públicos. Y es que no es lo mismo pertenecer a este género (servidor público) -que abarca a todos los que mantienen un vínculo laboral con el Estado, bien desde el punto de vista legal y reglamentario o puramente contractual- que ser catalogado como empleado público, una especie de aquél, que se caracteriza por una relación legal y reglamentaria, de modo que el nexo con el Estado tiene lugar por nombramiento y posesión y no por contrato. Los empleados públicos son servidores públicos. Los concejales también, pero sin tener el carácter específico de empleados públicos, dado el origen de su vinculación, por elección popular, que difiere del de aquéllos.

Esto significa que los concejales municipales, aun no siendo empleados públicos, sí son servidores del Estado y, en realidad, puesto que desempeñan funciones al servicio del mismo, son "funcionarios". Con este término se define en general a quien cumple una función y, en la materia de la que aquí se trata -la disciplinaria- comprende a quienes, por su vínculo laboral con el Estado y en razón de las responsabilidades que contraen (art. 123 C.P.), están sujetos a la vigilancia de la Procuraduría General de la Nación.

La Constitución de 1991 ha utilizado la expresión genérica ya mencionada -servidores públicos- para resaltar que quienes pertenecen a esta categoría están al servicio del Estado y de la comunidad (art. 123 C.P.) y que no desempeñan los cargos o empleos -por importantes que ellos sean- en su propio beneficio e interés, sino en el colectivo, siendo por tanto depositarios de la confianza pública, que no pueden defraudar, respondiendo en consecuencia por sus acciones u omisiones (art. 6 C. P.).

Pero con ello no se quiere decir que en la terminología legal esté proscrita la utilización del vocablo "funcionarios", como sinónimo de "servidores públicos", que es justamente lo que ocurre en este caso.

Ahora bien, del hecho de que la Constitución Política manifieste en forma clara e inequívoca que los concejales municipales no son empleados públicos no se desprende que les pueda ser suprimido o ignorado su carácter de "funcionarios", término que utiliza la norma demandada en el entendido de que alude a "servidores públicos", de lo cual surge con

meridiana claridad que están sujetos a la vigilancia del Ministerio Público, a cargo de la dependencia del mismo que la ley señale. (Negrillas y subrayas son de la Sala).

Con fundamento en las razones expuestas decidió “Declarar **EXEQUIBLE**, en los términos de esta Sentencia, el literal e) del artículo 71 de la Ley 201 de 1.995.”

Resulta entonces meridianamente claro que cuando la Constitución o la ley refieren el cumplimiento de funciones públicas por parte de personas vinculadas al Estado, sin consideración a la naturaleza y forma de la vinculación, emplean la denominación funcionarios como sinónimo de servidores públicos, como bien lo concluye la Corte Constitucional.

Aunque la norma anterior fue derogada por el artículo 262 del Decreto 262 de 22 de febrero de 2000, que modificó la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público, así como el régimen de competencias interno de la Procuraduría General, los criterios expuestos por la Corte Constitucional para determinar el sentido de la expresión funcionario público y para establecer que los concejales lo son, conservan plena vigencia.

2. 2. 3 Se observa además que la Constitución utiliza en dos oportunidades la expresión funcionario público para referirse a los miembros de las corporaciones públicas luego de haberlos señalado explícitamente.

Así, el artículo 260 señala que los ciudadanos eligen en forma directa al Presidente, Vicepresidente, **Senadores, Representantes**, gobernadores, diputados, alcaldes, **Concejales municipales y distritales**, **miembros de juntas administradoras locales, miembros de la Asamblea Nacional Constituyente “y las demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale.”** Las expresiones “demás autoridades o funcionarios”, son utilizadas como sinónimos y en el contexto de la norma mencionada significan, “además de los anteriores”, entre los que incluyó a los Concejales.

Si alguna duda cabe de que la Constitución dispone que los miembros de las corporaciones públicas son funcionarios públicos por la introducción de la expresión “o autoridades”, en el artículo anterior, la misma queda esclarecida por el artículo 235 constitucional en cuanto, luego de atribuir a la Corte Suprema de Justicia la competencia para investigar y juzgar a los Congresistas, además de el Presidente, los Ministros, el Procurador y otros servidores, dispone en su parágrafo que **“cuando los funcionarios antes enumerados** hubieren cesado en el ejercicio del cargo, el fuero solo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”.

La Constitución utiliza también las expresiones funcionario y empleado como categorías separadas en los artículos 253, 277 numeral 6, 279 constitucionales, y así las reproduce el estatuto de la administración de justicia, con lo cual se corrobora el tratamiento constitucional de funcionarios a los miembros de las corporaciones de elección popular.

Pero no solo la Constitución utiliza el vocablo “funcionario público” con diversos significados en distintos contextos, igual ocurre con distintas leyes, entre ellas la 136 de 1994 y la 617 de 2000 que contienen en su articulado la causal de inhabilidad a que se refiere el cargo formulado por el demandante.

2. 2. 4 Ya esta Sección, en la sentencia de 29 de abril de 2005, expediente No. 3182, concluyó que el funcionario público es quien presta servicios a una entidad pública, cualquiera sea la forma de su vinculación a la misma. Discurrió así la Sala:

“ ... ”

“De esas normas constitucionales y legales no se desprende la conclusión en el sentido de que el concepto de funcionario es equivalente al de empleado público y que, por tanto, no comprende al empleado oficial.

De esas normas se puede concluir que, al contrario, el funcionario público es la persona que presta servicios a una entidad pública desarrollando funciones que a ésta corresponden.

Esta conclusión se desprende a nivel constitucional del numeral 5º del artículo 179 de la Carta Política y a nivel legal del mismo numeral 5º del artículo 30 de la ley 617 de 2000, que regulan de manera similar la inhabilidad respecto de los Congresistas y los Gobernadores, respectivamente, pues una y otra norma establecen la inhabilidad respecto de los funcionarios que ejercen autoridad, lo cual indica que tanto para el constituyente como para el legislador hay funcionarios sin autoridad. Es decir, que son funcionarios quienes prestan servicios a una entidad pública en funciones que impliquen el ejercicio de autoridad y aquellos que las prestan en funciones que no la implican. Es decir que funcionarios son todas las personas que prestan servicios a una entidad pública, independientemente de la forma de vinculación.”

“ ... ”

2. 2. 5 El argumento de que los concejales no son funcionarios públicos porque las funciones públicas que desempeñan se las asignan la Constitución y la ley a la corporación de que hacen parte y no a aquellos a título individual no puede sostenerse, no solo por las razones expuestas, sino porque implicaría negarle el carácter de funcionarios a los miembros de todas las autoridades públicas que ejercen funciones colegiadas como en el caso de las corporaciones judiciales, quienes deciden siempre en nombre de la corporación a la que pertenecen y a ella asigna competencias la Constitución y la ley.”⁶

Adicionalmente, la conclusión de que los miembros de las corporaciones públicas son funcionarios se apuntala en la valoración sistemática del régimen de inhabilidades, visto desde la perspectiva constitucional y terminando en las normas pertinentes de la Ley 617 de 2000. En efecto, en la Constitución se dispuso en el régimen de inhabilidades previsto para los Congresistas:

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

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

⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia del 6 de abril de 2006. Expediente Acumulado: 2004-0786 y 2004-0800 (3859). Actor: Ricardo Augusto López González y otros. Demandado: Alcalde Municipal de Circasia. C.P. Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá.

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.”

Y en el régimen de inhabilidades consagrado en la Ley 617 de 2000 para las distintas autoridades del nivel territorial, que son elegidas por voto popular, se aprecia:

En cuanto a gobernadores:

“Artículo 30.- De las inhabilidades de los gobernadores. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador: (...)

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,...

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;...”

En cuanto a diputados:

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

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,...

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;...”

En cuanto a alcaldes:

“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: (...)

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,...

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;...”

En cuanto a concejales:

“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: (...)

*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,...*

*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;...”*

Tanto en la concepción constitucional como en la concepción legal que se tiene del régimen de inhabilidades, se han distinguido, dentro del género de servidores públicos, las categorías de *“empleado público”* y *“funcionarios”*, sin que ello se pueda atribuir a torpeza o a falta de técnica legislativa tanto del constituyente como del Congreso de la República, puesto que la distinción tiene una relación bien importante en la lucha contra el nepotismo, en la que se comprometió el ordenamiento superior⁷, encaminada a que tanto los empleados públicos como los funcionarios, dotados de autoridad, no utilicen ese poder derivado del Estado para interferir en las elecciones populares a favor de sus parientes candidatos.

Una mirada detenida al régimen de inhabilidades de los Congresistas, así como al régimen de inhabilidades consagrado en la Ley 617 de 2000, ya citados, permite apreciar que la expresión *“empleado público”* se utiliza para impedir la postulación y elección de quienes personalmente han sido titulares de alguna de las formas de autoridad precisadas legalmente, con lo que frente a los miembros de las corporaciones públicas, en especial los concejales municipales o distritales, se entiende claramente que la inhabilidad no opera al estar fuera de toda duda que no ostentan la calidad de empleados públicos⁸.

El diseño de tales inhabilidades, en tanto consideran la categoría *“empleado público”*, es plenamente razonable y armónica con el entramado constitucional, puesto que allí se ha establecido que son los miembros de las corporaciones públicas, y entre ellos los Concejales, quienes por excelencia están habilitados para participar en política, a tal punto que frente a ellos no está prohibida la

⁷ Así lo reconoció la Corte Constitucional en las Sentencia C-142 del 7 de febrero de 2001 y C-373 del 24 de agosto de 1995, aduciéndose en la primera que: *“En otra oportunidad, la Corte ha puesto de presente la absoluta y radical incompatibilidad del nepotismo con el modelo democrático. Este fenómeno no puede entenderse simplemente como que familias compartan el poder estatal, sino de manera más amplia, como proscripción de toda oportunidad para que los miembros de una misma familia incidan, tanto en el ejercicio del poder, como en las posibilidades de acceso al poder de uno de sus miembros. No son necesarios grandes esfuerzos para comprender el enorme poder y la oportunidad que tiene un jurado de votación para favorecer a un candidato en particular”.*

⁸ Dice el artículo 312 Constitucional que *“Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos”.*

reelección y mucho menos su intervención en política⁹, ciertamente porque es de su esencia la actividad política. Esto significa, ni más ni menos, que los concejales municipales o distritales, que no son empleados públicos, pero que sí son funcionarios, bien pueden presentar su nombre a consideración de los ciudadanos para ser elegidos en cargos uninominales o corporativos de elección popular, pues personalmente no están inhabilitados, en tanto que sus parientes, en los grados señalados, sí lo están.

En efecto, el mismo régimen de inhabilidades que se viene examinando tiene otra peculiaridad, consistente en que se abandona la categoría “*empleado público*” para sustituirla por la de “*funcionario*”, cuando el impedimento para ser elegido se predica de aquél que es próximo o pariente, en los grados indicados, de la persona que se candidatiza a un cargo de elección popular, esto es se tilda de funcionario a quien tuvo en sus manos, dentro del período inhabilitante, prerrogativas públicas derivadas del ejercicio de autoridad. Cuál es la importancia, entonces, de este giro conceptual? Sin duda, es grande, puesto que habiendo aceptado el constituyente a lo largo de diferentes disposiciones constitucionales que los miembros de las corporaciones públicas de elección popular son igualmente funcionarios, el propósito de emplear tal acepción no es otro que el de impedir el nepotismo o las dinastías electorales a todo nivel, no solo frente a quienes se desempeñan como empleados públicos sino también respecto de aquellos que fungen como miembros de corporaciones públicas investidos de competencias excepcionales derivadas del ejercicio de autoridad.

En términos prácticos las distintas causales de inhabilidad aquí transcritas, que emplean la expresión “*funcionario*”, van detrás de impedir que todos los servidores públicos incluidos en tal acepción, entre ellos concejales municipales o distritales, utilicen el poder que les confieren las distintas formas de autoridad para dirigir electores hacia las campañas políticas de sus parientes o seres más próximos, a lo que desde luego no pueden escapar los concejales, no solo quienes dentro del año anterior a la respectiva elección hayan obrado como Presidentes de la corporación, sino también respecto de todos los integrantes de la corporación, pues como se verá todos ellos ejercen autoridad.

Así, afirmar que los concejales municipales o distritales no tienen la calidad de funcionarios porque “*no desempeñan funciones públicas a título individual*”, o que no pueden ser titulares de autoridad porque desde la perspectiva individual no han recibido esa atribución, es un desacierto jurídico. El criterio de la individualización de la autoridad en los cuerpos colegiados no es del todo coherente, ya que apelando a la existencia de la autoridad colegiada se pretende negar la existencia de la autoridad de cada uno de sus integrantes, desconociendo con ello que se sirve de la voluntad de sus integrantes, sin las cuales no podría existir, es decir que si las distintas competencias que el constituyente asignó a los concejos en el artículo 313 Constitucional evidencian que ese organismo cuenta con autoridad

⁹ Así lo establece los incisos 2 y 3 del artículo 127 Constitucional, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2004 artículo 1, al disponer que “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.”. Además, téngase en cuenta que este precepto se refiere a la categoría jurídica “empleados”, cuya vinculación con la administración pública se surte a través de un nombramiento y posesión juramentada, lo cual no ocurre con los miembros de las Corporaciones Públicas por ser elegidos por voto popular, demostrándose con ello, aún más, su perfecta habilitación para hacer política, tomando partido en todas las formas conocidas, bien sea ejerciendo el derecho al sufragio o ya postulándose como candidatos a los cargos de elección popular.

civil, política y administrativa, lo mismo debe decirse de quienes los integran, al ser depositarios igualmente de facultades para adoptar esa clase de decisiones.

Por ejemplo, según lo dispuesto en el artículo 35¹⁰ de la Ley 136 de 1994 a los concejos municipales o distritales les compete la elección de los funcionarios a su cargo, tales como el secretario, el personero y el contralor, es decir que tienen autoridad civil o administrativa por el poder de nominación que la ley les asigna, de la que igualmente gozan todos los concejales, puesto que pueden participar de ese proceso de elección, es más así no intervengan la autoridad sigue radicada en ellos, ya que la jurisprudencia reiteradamente ha dicho que es suficiente con detentar ese poder. La tesis de que la autoridad ejercida por el cuerpo colegiado absorbe plenamente cualquier forma de autoridad que pudiera existir en sus integrantes, se desvirtúa con el símil del ejercicio de autoridad jurisdiccional por parte de los Magistrados de las Altas Cortes, puesto que si bien tales corporaciones judiciales son titulares de dicha autoridad, también sus Magistrados están investidos de la misma, necesaria para contribuir en el seno de las Salas a la toma de decisiones y para asumir algunas decisiones individualmente, como sería el caso de los autos que no deben proferirse por las mismas.

Por último, la condición de funcionario público debe definirse desde una perspectiva funcional porque su etimología indica bien claro que es todo aquel que cumple una función pública, lo que cobija a todos los servidores públicos, tal como lo preceptúa el inciso 2 del artículo 123 Constitucional al señalar que los mismos *“ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”*. Es decir, desde un punto de vista silogístico, si los funcionarios públicos son aquellos que cumplen funciones públicas y si los servidores públicos se caracterizan precisamente por eso, no hay duda que los concejales, que son servidores públicos, son funcionarios, ya que cumplen funciones de manera colegiada y de forma individual cuando son investidos de la calidad de presidente.

Así dejo plasmadas las razones que me llevaron a disentir del fallo proferido el 27 de noviembre de 2007, reiterando una vez mi respeto por la posición mayoritaria.

Atentamente,

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON
Consejera de Estado

¹⁰ Esta disposición dice: *“Los concejos se instalarán y elegirán a los funcionarios de su competencia en los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos constitucionales, previo señalamiento de fecha con tres días de anticipación. En los casos de faltas absolutas, la elección podrá hacerse en cualquier período de sesiones ordinarias o extraordinarias que para el efecto convoque el alcalde.”*