



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas

Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación interna: 2320

Número único: 11001-03-06-000-2016-00222-00

Referencia: Sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado. Alcance y efectos de la sentencia de unificación dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 7 de junio de 2016 (Rad. Int. 2015-00051). Inhabilidades de los congresistas. Incompatibilidades de los diputados y los concejales

El Ministro del Interior, a petición de una Senadora de la República, solicita a la Sala su concepto sobre el momento en que deben renunciar los diputados y concejales elegidos para el período 2016-2019, que estén interesados en inscribirse como candidatos a las elecciones de congresistas (Senado y Cámara de Representantes) para el período constitucional 2018-2022, sin contravenir el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, teniendo en cuenta lo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 7 de junio de 2016¹.

I. ANTECEDENTES

En relación con este asunto, el Ministro cita, en primer lugar, las normas constitucionales y legales que estima aplicables, tales como los artículos 3², 40³, 179⁴ y 260⁵ de la Constitución Política; los artículos 279 y 280 de la Ley 5 de

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 7 de junio de 2016, radicación N° 11001-03-28-000-2015-00051-00 (radicado interno 2015-00051). Demanda de nulidad contra la elección de la Gobernadora de La Guajira.

² “Artículo 3º. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”.

³ “Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.

(...)”.

⁴ “Artículo 179. No podrán ser congresistas:

1992⁶; el 34 de la Ley 617 de 2000⁷; el artículo 45 de la Ley 136 de 1994⁸, y el 1 del Decreto Ley 2241 de 1986⁹.

Luego se refiere al fundamento jurisprudencial de su consulta, conformado especialmente por la sentencia C-093 de 1994 de la Corte Constitucional, la sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 13 de septiembre de 2012 (radicación 11001-03-25-000-2011-00080-00), la sentencia del 12 de marzo de 2015 dictada por la Sección Quinta de la misma corporación (radicación 11001-03-28-000-2014-00050-00) y la sentencia de unificación emitida por esta última sección el 7 de junio de 2016, en el expediente número 11001-03-28-000-2015-00051-00.

Incluye también, dentro de este acápite, el concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 5 de noviembre de 1991, radicado con el número 413.

Posteriormente, bajo el título de “consideraciones”, el funcionario consultante manifiesta que, frente a un diputado o concejal en ejercicio, que aspire a ser elegido senador de la República o representante a la Cámara, debe hacerse un análisis de las causales de inhabilidad e incompatibilidad propias del cargo pretendido, es decir, el de congresista, bajo unos criterios de interpretación eminentemente restrictivos, en aras a salvaguardar los derechos fundamentales de quien aspira a ser elegido, como lo establece el Código Electoral y lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

(...)

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

(...)

8. *Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.*

(...)”.

⁵ “Artículo 260. Los ciudadanos eligen en forma directa Presidente y Vicepresidente de la República, Senadores, Representantes, Gobernadores, Diputados, Alcaldes, Concejales municipales y distritales, miembros de las juntas administradoras locales, y en su oportunidad, los miembros de la Asamblea Constituyente y las demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale”.

⁶ “Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”.

⁷ “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”.

⁸ “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”.

⁹ “Por el cual se adopta el Código Electoral”.

En esa medida, observa que los artículos 36 de la Ley 617 de 2000 y 45 de la Ley 136 de 1994, no establecen para los concejales y los diputados la prohibición de inscribirse para otro cargo de elección popular durante el período para el cual fueron elegidos, siempre y cuando renuncien a su cargo antes de la inscripción.

Por otra parte, recuerda que para los congresistas existe un régimen de inhabilidades previsto constitucional y legalmente, dentro del cual se incluye la prohibición de haber desempeñado cargos como empleado público, que impliquen jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce (12) meses anteriores a su elección. Asimismo comenta que el Consejo de Estado ha excluido claramente a los congresistas de esta clase de autoridades, pero que nada ha dicho sobre los diputados y los concejales.

En relación con la coincidencia de los períodos, el Ministro manifiesta que, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han sostenido que para que se configure la causal de inhabilidad por este motivo, se requiere que el aspirante al Senado o a la Cámara de Representantes no se encuentre ejerciendo como concejal o diputado, ni tenga la calidad de servidor público al momento de la inscripción, por lo que debe haber formulado la respectiva renuncia y esta le debe haber sido aceptada, con lo cual se genera la vacancia absoluta del cargo, *“extinguiéndose el período en estas corporaciones”*.

Sin embargo, comenta que esta interpretación debe examinarse frente a la sentencia de unificación jurisprudencial dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 7 de junio de 2016, en la que dicha corporación señaló que debe darse prelación a los derechos de los electores frente a los derechos de los elegidos.

Advierte también el funcionario consultante que en dicha providencia, el Consejo de Estado recordó que nuestro Estado se basa en la soberanía popular, como lo establecen el preámbulo y los artículos 1 y 3 de la Constitución Política, dentro de una perspectiva democrática, participativa y pluralista, y destacó que, en desarrollo de dichos principios, los ciudadanos eligen en forma directa a los funcionarios relacionados en el artículo 260 de la Carta, lo que constituye un *“mandato democrático”* para unos y otros.

En esa medida, manifiesta que el Consejo de Estado fue enfático en señalar, en la mencionada sentencia, que quien renuncia a un cargo para el cual ha sido elegido, con el propósito de acceder a otro de elección popular, incurre en una defraudación del mandato democrático que ha recibido.

No obstante, concluye que, para esa cartera, el contexto de la jurisprudencia citada permite deducir que su propósito no fue el de señalar el alcance de la prohibición

legal mencionada (la de ocupar varios cargos o participar en varias corporaciones cuyos períodos coincidan) *“para todos los cargos de elección popular, sino para aquellos que son uninominales”*. Sin embargo, señala que en diferentes partes de la sentencia comentada se hace referencia, indistintamente, a los servidores públicos elegidos popularmente.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Ministro del Interior formula a la Sala las siguientes **PREGUNTAS**:

- “1. *¿Lo dispuesto dentro de la sentencia de unificación de fecha 7 de junio de 2016, del Consejo de Estado, en lo que respecta a la posibilidad de renunciar a un cargo para el cual ha sido elegido, porque se desea acceder a otro de elección popular, tiene aplicación para los cargos colegiados?*
2. *Sosteniendo como hipótesis fáctica que el aspirante a ser electo senador de la República para el período 2018 – 2022, es diputado o concejal en ejercicio, elegido en las elecciones llevadas a cabo el 25 de octubre de 2015, ¿en qué momento deben renunciar los diputados o concejales electos cuyo período constitucional es de 2016 – 2019, para poder ser inscritos como candidatos y elegidos como senadores o representantes a la cámara, en las elecciones que se llevarán a cabo el 11 de marzo de 2018, para el período 2018 – 2022, sin contravenir el régimen de inhabilidades?*

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a estos interrogantes, la Sala analizará, en su orden, los siguientes asuntos: (i) Las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado: concepto y efectos; (ii) la sentencia de unificación dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 7 de junio de 2016: análisis sobre su aplicabilidad a la hipótesis de la consulta, y (iii) inhabilidades de los congresistas e incompatibilidades de los diputados y concejales: situación de los concejales y diputados elegidos para el período 2016-2019, que aspiren a participar en las elecciones de Congreso para el período 2018-2022.

A. Las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado: concepto y efectos. Reiteración

La Sala entiende que la consulta formulada por el Ministro del Interior obedece principalmente a la publicación de la sentencia dictada por el Consejo de Estado, Sección Quinta, el pasado 7 de junio, en donde dicha sección unificó su jurisprudencia en relación con varios temas, entre ellos, el inicio del período de incompatibilidad previsto en la ley para los gobernadores y alcaldes elegidos

popularmente, que aspiren a ser elegidos en otro cargo de elección popular. A este respecto, ha surgido la duda de si lo expuesto en dicha sentencia sobre este punto debe o puede aplicarse también a quienes ocupen otros cargos de elección popular, como los concejales y los diputados, que aspiren a ser elegidos en cargos distintos (especialmente en cuerpos colegiados), cuyo período coincida total o parcialmente.

Es decir, existe una inquietud sobre el alcance y los efectos de la citada sentencia de unificación, lo que obliga a la Sala a referirse, en primer lugar, al concepto, a las características y a los efectos jurídicos de dichas providencias, conforme a lo dispuesto en la ley y lo explicado por la jurisprudencia y la doctrina.

Como se sabe, el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), define las sentencias de unificación en los siguientes términos:

“Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”.

La Sala de Consulta y Servicio Civil se refirió *in extenso* a este tipo de sentencias y, en general, a la función de unificación de la jurisprudencia asignada al Consejo de Estado y a las demás altas cortes, en el concepto N° 2177 de 2013¹⁰, razón por la cual la Sala remite a dicho documento.

En todo caso, vale la pena destacar que en ese concepto la Sala aclaró que las sentencias de unificación no son solamente aquellas que el Consejo de Estado ha dictado después de la entrada en vigencia del CPACA, es decir, el 2 de julio de 2012, sino también aquellas que se expidieron antes, tanto por la Sala Plena como por las diferentes secciones de esta corporación, en la medida en que la función de unificación de la jurisprudencia en cabeza del Consejo de Estado no surgió con la Ley 1437, pues ya existía desde varios años atrás, incluso antes de la Constitución Política de 1991, al amparo de normas legales o con fuerza de ley que así lo disponían, en atención a su condición de máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 2177 del 10 de diciembre de 2013, expediente 11001-03-06-000-2013-00502-00.

Lo que vino a hacer el CPACA, en consecuencia, fue darle un gran impulso a dicha función, al sistematizar las providencias que deben entenderse como sentencias de unificación jurisprudencial, por una parte; establecer claramente sus efectos jurídicos, por la otra, y, finalmente, crear nuevos procedimientos y mecanismos para que los ciudadanos puedan lograr la efectiva aplicación de la jurisprudencia unificada en relación con sus derechos individuales o colectivos, tanto en sede judicial como administrativa. A este respecto dijo la Sala en el concepto citado:

“En este contexto, la ley 1437 de 2011 reforzó el valor de las sentencias de unificación a través varios mecanismos de activación judicial y administrativa de sus efectos, así:

- 1. Deben ser tenidas en cuenta por la Administración al resolver las actuaciones administrativas, con el fin de garantizar la aplicación uniforme de las normas constitucionales y legales aplicables al caso (artículo 10);*
- 2. Cuando reconocen derechos permiten que las personas soliciten la extensión de su (sic) efectos a casos con los mismos supuestos fácticos y jurídicos de la sentencia de unificación (artículo 102); y si la Administración niega esa extensión o guarda silencio, facultan al ciudadano para acudir directamente al Consejo de Estado con el fin de solicitarla (artículo 269)*
- 3. Su desconocimiento por los Tribunales Administrativos en sentencias de segunda o única instancia es causal del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (art.256 y ss)*
- 4. Su desconocimiento por los Tribunales Administrativos también es causal para solicitar la revisión de acciones populares o de grupo (art.272 y ss)*
- 5. La necesidad de expedir una sentencia de unificación jurisprudencial permite que la Sala Plena del Consejo de Estado asuma competencia de asuntos pendientes de fallo en las Secciones que la componen y a estas últimas que lo hagan en relación con los asuntos pendientes de fallo en sus subsecciones o en los tribunales administrativos (artículo 271).*
- 6. Deben ser tenidas en cuenta por las autoridades administrativas para las conciliaciones y así lo debe advertir a ellas el Ministerio Público (artículo 302, -sic- parágrafo).*

De esta manera, las sentencias de unificación producen efectos en el interior de la propia jurisdicción, en el sentido activar el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, la revisión eventual de las acciones populares y de grupo y el traslado de asuntos a la sala plena del Consejo de Estado o de cada una de sus secciones; también generan consecuencias frente a la Administración, que está obligada a tenerlas en cuenta para decidir casos iguales, para extender sus efectos a los ciudadanos que lo soliciten y se encuentren en los mismos supuestos fácticos

y jurídicos, y para formular propuestas de conciliación¹¹". (Subrayas ajenas al texto original).

Un aspecto que aparece implícito en la doctrina citada, como puede deducirse de los apartes resaltados, pero sobre el cual no se detuvo la Sala en aquella ocasión, por no formar parte específicamente de la consulta respectiva, es el relativo a la necesaria coincidencia que debe existir entre los hechos o supuestos fácticos del caso resuelto en la sentencia y la situación de hecho a la que se pretenda aplicar una sentencia de unificación, así como entre las normas (constitucionales, legales, reglamentarias o de cualquier orden) con base en las cuales se emitió la sentencia unificadora y las disposiciones que se hallen vigentes y resulten aplicables al caso que pretende solucionarse con la jurisprudencia unificada.

En efecto, un cambio [DGABE1] en los supuestos de hecho a los cuales se intente aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o una modificación en la normatividad respectiva, pueden hacer que la jurisprudencia contenida en dicha providencia ya no resulte aplicable al caso que se analice y, por lo tanto, no proceda la solicitud de extensión de jurisprudencia, el mecanismo de revisión eventual de las acciones populares o de grupo, el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, la conciliación extrajudicial o, simplemente, la aplicación de la referida jurisprudencia en una determinada actuación o procedimiento administrativo, según el caso.

Así se infiere claramente de varias normas del CPACA:

- El artículo 10 dispone que *"al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos"* (se resalta), para lo que deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.
- El artículo 102 consagra y regula el mecanismo de extensión de jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas. El inciso primero dispone que *"las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación*

¹¹ "[34] Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 2013-00019: 'Así las cosas, es claro que este sistema del precedente jurisprudencial propuesto en la Ley 1437 de 2011, bajo sus previsiones, que irradia la actividad administrativa y judicial, contribuirá por la realización de la justicia material y propugnará por una seguridad jurídica real, expresada en la certeza de los asociados de que sus autoridades actuarán en pro de sus garantías, derechos y libertades, siendo la igualdad y la confianza legítima, los pilares fundamentales de esta doctrina'."

jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos (subrayamos). En el mismo sentido, el inciso segundo menciona, entre los requisitos que debe cumplir la petición que presente la persona interesada en que se le extienda la jurisprudencia, la *“justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada”* (subraya añadida). Y el inciso quinto del mismo artículo preceptúa que las autoridades pueden negar la extensión de jurisprudencia solicitada, entre otros motivos, *“exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos”* (numeral 2º) (se destaca).

- El artículo 269 establece el procedimiento judicial que puede seguir el interesado ante el Consejo de Estado para lograr la extensión de jurisprudencia solicitada, cuando esta le sea negada por la autoridad administrativa competente. El inciso segundo de dicha norma estatuye que la administración puede oponerse a esta pretensión por las mismas razones a que se refiere el artículo 102 ibídem.
- Los artículos 256 a 268 regulan el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, cuyo fin, a voces del artículo 256, es el de *“asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida...”* (subrayas ajenas al texto). El artículo 258 prescribe que *“habrá lugar al recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia cuando la sentencia impugnada contrarie o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado”*; el artículo 260 estatuye que se encuentran legitimados para *“interponer el recurso cualquiera de las partes o de los terceros procesales que hayan resultado agraviados por la providencia”* impugnada (remarca la Sala), y el artículo 267, al señalar los efectos de la sentencia que resuelve el recurso, dispone que *“si prospera el recurso, total o parcialmente, la sala anulará, en lo pertinente, la providencia recurrida y dictará la que deba reemplazarla...”* (se resalta).
- El artículo 272 señala la finalidad de la revisión eventual de las acciones populares y de grupo, establecida en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996¹², adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009¹³. Allí se dispone que la

¹² Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

¹³ “Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”.

finalidad de este mecanismo de revisión es “*unificar la jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo y, en consecuencia, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica*” (se subraya).

- Y el parágrafo del artículo 303 dispone que cuando se presente una solicitud de conciliación extrajudicial o prejudicial, “*el agente del Ministerio Público, de oficio o por solicitud de la parte convocante, verificará la existencia de jurisprudencia unificada que resulte aplicable al caso, de acuerdo con lo regulado en el presente Código sobre la materia. De confirmarlo, si la autoridad demandada expresa su negativa a conciliar, suspenderá la audiencia para que el respectivo comité de conciliación reconsidere su posición y si es del caso, proponga una fórmula de arreglo para la reanudación de la audiencia o manifieste las razones por las cuales considera que no es aplicable la jurisprudencia unificada” (destacamos).*

De este conjunto de normas se desprende la inequívoca conclusión de que la aplicación de una sentencia de unificación de jurisprudencia a un caso concreto exige, como condición esencial, que el caso al cual se pretende aplicar la sentencia de unificación corresponda a la misma situación fáctica y jurídica del caso *sub judice*, es decir, que los hechos que fueron relevantes para adoptar la decisión judicial sean sustancialmente iguales, y que las normas aplicadas sean también sustancial o materialmente iguales a las disposiciones bajo las cuales habría que solucionar el nuevo caso.

Así lo ha entendido también la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Por ejemplo, en la sentencia C-816 de 2011¹⁴ se dijo lo siguiente sobre la aplicación de los precedentes judiciales y el mecanismo de extensión de jurisprudencia previsto en el artículo 102 del CPACA:

“5.3.2. Del principio de igualdad de todos ante la ley, se deriva el derecho ciudadano de recibir “la misma protección y trato de las autoridades” (CP, art 13). Su garantía y realización efectiva obliga a todos los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, lo mismo autoridades administrativas que jueces, también como expresión del sometimiento del poder al derecho y la proscripción de la

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-816 del 1 de noviembre de 2011, expediente D- 8473. En esta sentencia, la Corte declaró exequibles los incisos primero y séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, en el entendido de que “*las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia*”.

discriminación, la arbitrariedad y la inseguridad. Así mismo, de esta obligación constitucional de igualdad de “protección y trato” de las personas, se desprende: (i) el deber a cargo de la administración y la judicatura de adjudicación igualitaria del derecho; (ii) y el derecho de las personas a exigir de sus servidores que, en el ejercicio de sus funciones administrativas o judiciales, reconozcan los mismos derechos a quienes se hallen en una misma situación de hecho prevista en la ley.

5.3.3. En suma, el deber de igualdad en la aplicación de las normas jurídicas, al ser un principio constitucional, es a su vez expresión del otro principio constitucional mencionado, el de legalidad. (...) Lo que conduce al deber de reconocimiento y adjudicación igualitaria de los derechos, a sujetos iguales, como regla general de las actuaciones judiciales y administrativas.

5.3.4. Precisamente, tanto (i) la extensión administrativa de las sentencias de unificación -ordenada en la norma legal demandada- como (ii) la fuerza de los precedentes judiciales, son mecanismos puestos a disposición de los jueces y la administración, para concretar la igualdad de trato que unos y otros deben a las personas...

(...)

5.4.1.1. Para reforzar la aplicación práctica del deber de igualdad en la adjudicación y reconocimiento por las autoridades de los derechos a las personas, la función jurisdiccional da cuenta de un instrumento: el valor vinculante de ciertas decisiones judiciales para la solución de nuevos casos. Significa que la regla de decisión de algunas sentencias debe ser aplicada por los jueces y tribunales competentes a los casos posteriores que se apoyen en los mismos supuestos fácticos y jurídicos. En tal sentido, el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica, pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle concedido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida.

(...)

5.5.3.4. (...) Siendo así, la orden del Legislador dada a la autoridad administrativa - en el inciso 1 del artículo 102 demandado- de extender los efectos de las sentencias de unificación del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo -el Consejo de Estado- a casos basados en los mismos supuestos fácticos y jurídicos, es desarrollo de propósitos constitucionales como la igualdad, la buena fe y el debido proceso.

(...)

5.6. Conclusión.

La Corte declarará la exequibilidad de la disposición analizada, que ordena a las autoridades administrativas la extensión de los efectos de sentencias de unificación del Consejo de Estado que reconocen un derecho, a las personas solicitantes que se hallen en la misma situación jurídica en ella decidida, con base en lo siguiente:

5.6.1. Las autoridades administrativas solo pueden ejercer las funciones atribuidas por la Constitución y la ley... Igualmente, la función administrativa tiene por objeto el servicio de los intereses generales y se adelanta con fundamento en reglas de igualdad -entre otras- (CP 209), que implica un deber de trato igualitario a las personas en el reconocimiento y protección de sus derechos.

5.6.2. Al establecerse para las autoridades administrativas el deber legal de extensión de las sentencias de unificación del Consejo de Estado que reconocen un derecho, tales autoridades deben proceder a la aplicación de tales precedentes jurisprudenciales, en desarrollo del principio de igualdad en el trato debido a los ciudadanos por las autoridades, y en observancia del propio principio de legalidad... (...)” (Subrayas añadidas).

Esta posición fue reiterada por la Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2012¹⁵, en la cual declaró exequibles los artículos 102, 269 y 270 del CPACA (en los apartes demandados) y ordenó estarse a lo resuelto en la sentencia C-816 de 2011, en relación con algunas expresiones del citado artículo 102.

Todo lo anterior lleva a la Sala a descartar la posibilidad de aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial en forma *analógica*, esto es, a situaciones de hecho que no sean sustancialmente iguales, sino apenas parecidas o semejantes, es decir, que puedan guardar cierta similitud con los supuestos fácticos que dieron lugar a la citada sentencia; o a situaciones que deban solucionarse con normas diferentes (en su alcance o significación material), pero que compartan cierto parecido o semejanza con las disposiciones sobre las cuales se haya basado el Consejo de Estado para unificar su jurisprudencia.

Vale la pena aclarar que nos referimos en este punto a cambios o diferencias que tengan una relevancia sustancial o material frente a los hechos o frente a las normas, y no a simples variaciones formales o instrumentales en relación con el caso juzgado en la sentencia de unificación, que carezcan de incidencia alguna en el proceso lógico y analítico mediante el cual se produjo la jurisprudencia unificada. Así, por ejemplo, las obvias particularidades de cada caso, en relación con las condiciones individuales de cada sujeto, o con las circunstancias de tiempo, modo o lugar, que no alteren materialmente los supuestos de hecho relevantes con fundamento en los cuales se dictó la sentencia de unificación, no tendrían por qué impedir, en principio, la aplicación de dicha providencia a un nuevo caso. Así como tampoco, la simple compilación o reubicación de una disposición dentro de otro cuerpo normativo, su re-numeración, su subrogación por parte de otro precepto, en términos iguales o equivalentes a la norma anterior, o la simple reproducción o repetición de una disposición, tendrían la capacidad de enervar la aplicación de una sentencia unificadora.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-588 del 25 de julio de 2012, expediente D-8864.

Con todo, advierte la Sala que la aplicación de una sentencia de unificación jurisprudencial a un determinado caso, debe ser analizada individualmente, en concreto y en cada oportunidad, por parte de la autoridad administrativa o judicial a quien se le solicite, mediante los procedimientos, recursos y mecanismos previstos en el CPACA y en otras normas (como el artículo 614 del Código General del Proceso¹⁶).

Ahora bien, dado que el motivo principal que genera esta consulta parece ser, como ya se mencionó, las dudas que han surgido sobre el alcance y la aplicación de la sentencia de unificación dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 7 de junio de 2016, es necesario analizar cuidadosamente dicha providencia, con el objeto de determinar cuáles fueron los hechos que le dieron origen, así como las normas constitucionales, legales y de otro orden que se interpretaron y aplicaron, con el fin de revisar posteriormente su eventual aplicación a la hipótesis fáctica que se plantea en la consulta.

B. La sentencia de unificación dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 7 de junio de 2016 (radicado interno 2015-00051): análisis sobre su aplicabilidad a la hipótesis de la consulta

Para contextualizar y entender adecuadamente la providencia citada, es necesario, en primer lugar, referirse sucintamente a la situación que dio lugar a la expedición de la misma.

Un ciudadano demandó la nulidad de la elección de la Gobernadora del Departamento de La Guajira, por la causal de nulidad electoral prevista en el numeral 5° del artículo 275 del CPACA¹⁷, al considerar que la referida funcionaria estaba inhabilitada para acceder a dicho cargo, por haber renunciado al cargo que

¹⁶ “Artículo 614. Extensión de la jurisprudencia. Con el objeto de resolver las peticiones de extensión de la jurisprudencia a que se refieren los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, las entidades públicas deberán solicitar concepto previo a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. En el término de diez (10) días, la Agencia informará a la entidad pública respectiva, su intención de rendir concepto. La emisión del concepto por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se deberá producir en un término máximo de veinte (20) días.

El término a que se refiere el inciso 4o del numeral 3 del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, empezará a correr al día siguiente de recibido el concepto de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado o del vencimiento del término a que se refiere el inciso anterior, lo que ocurra primero”.

¹⁷ “Artículo 275. Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

(...)

5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incurso en causales de inhabilidad.

(...)”.

ocupaba como Alcaldesa del Municipio de Albania (Guajira), elegida popularmente para el período 2012-2015, con menos de doce (12) meses de antelación a su inscripción como candidata para la Gobernación de La Guajira, por el período 2016-2019.

En concepto del actor, la elección de la Gobernadora violó lo dispuesto en los artículos 38 numeral 7°, y 39 de la Ley 617 de 2000, que establecen las incompatibilidades de los alcaldes municipales elegidos popularmente.

Para el apoderado de la demandada, ella no estaba incurso en causal alguna de inhabilidad, pues su renuncia al cargo de alcaldesa había sido aceptada cuando aún faltaba más de un año para la elección de gobernador de La Guajira y, en todo caso, antes de inscribirse como candidata en dicho proceso electoral.

A este respecto, la Sección Quinta analizó, en primer lugar, las incompatibilidades de los alcaldes, previstas en las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000, con la modificación efectuada por la Ley 1475 de 2011¹⁸, según lo explicado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, especialmente en la sentencia C-490 de 2011¹⁹, mediante la cual se revisó esta ley estatutaria.

Sobre este punto, la Sección Quinta manifestó que la inhabilidad derivada de la prohibición impuesta a los alcaldes para inscribirse como candidatos a otro cargo de elección popular durante el período para el cual han sido elegidos (artículo 38, numeral 7 de la Ley 617 de 2000), debe entenderse que se extiende por un término de (12) meses (en lugar de 24, como lo disponía originalmente la norma citada), conforme a lo dispuesto en el inciso final del párrafo tercero del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011²⁰, con el condicionamiento hecho por la Corte Constitucional en la sentencia referida, al declarar exequible dicho precepto. Adicionalmente, la Sección Quinta sostuvo que, según la jurisprudencia que se encontraba vigente en ese momento, este plazo debía contarse desde la terminación del período o la renuncia y hasta la inscripción (no hasta la elección).

De allí concluyó que como la demandada había renunciado a su posición de alcaldesa popular, con una antelación inferior a doce (12) meses a su inscripción como candidata a la gobernación de La Guajira, estaba incurso en una

¹⁸ “Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia del 23 de junio de 2011, expediente PE-031. Revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria No. 190/10 Senado – 092/10 Cámara, “por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”.

²⁰ “Ningún régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos de elección popular será superior al establecido para los congresistas en la Constitución Política”.

incompatibilidad que genera o deviene en una inhabilidad frente al nuevo cargo, por lo cual ordenó la anulación de su elección y la cancelación de su credencial como Gobernadora.

[DGABE2]

De esta forma, la Sección Quinta del Consejo de Estado afirmó en la sentencia que resolvía la demanda de nulidad impetrada contra el acto de elección de la Gobernadora de La Guajira, basándose para ello en las normas constitucionales y legales aplicables, así como en la jurisprudencia vigente hasta ese momento, tanto de la Corte Constitucional como de la propia Sección Quinta del Consejo de Estado.

Aparte de la decisión adoptada en el caso concreto, la Sección Quinta consideró necesario unificar su jurisprudencia sobre tres aspectos que ella misma señaló de manera expresa en la sentencia: (i) la definición del “*extremo temporal inicial*” de la incompatibilidad prevista en los artículos 38.7 y 39 (para alcaldes), y 31.7 y 32 (para gobernadores) de la Ley 617 de 2000; (ii) el alcance de los principios *pro homine* y *pro electoratem* en materia electoral, y (iii) los efectos de las sentencias que declaran la nulidad electoral por vicios subjetivos.

Advirtió entonces la Sección Quinta que la demanda de nulidad que se presentó contra la Gobernadora de La Guajira no la decidía con base en la jurisprudencia unificada que dictaba en la sentencia sobre los dos ítems mencionados en el párrafo anterior, sino con fundamento en la jurisprudencia que se encontraba vigente hasta ese momento, tanto de la misma sección como de otras secciones y salas del Consejo de Estado, y de la Corte Constitucional.

La Sala de Consulta y Servicio Civil observa con claridad que la jurisprudencia de unificación sentada por el Consejo de Estado en la sentencia referida, en cuanto atañe a las causales de inhabilidad e incompatibilidad de los servidores públicos elegidos popularmente, se refiere, en forma específica y concreta, al momento en que inicia la incompatibilidad (que se convierte en inhabilidad) prevista en los artículos 31 numeral 7º, 32, 38 numeral 7º, y 39 de la Ley 617 de 2000, para los alcaldes y gobernadores elegidos popularmente.

Por el contrario, la hipótesis planteada en la consulta se refiere literalmente a “*que el aspirante a ser electo senador de la República para el período 2018 – 2022, es diputado o concejal en ejercicio, elegido en las elecciones llevadas a cabo el 25 de octubre de 2015*” (para el período 2016 – 2019). Se trata, en consecuencia, de una situación fáctica completamente diferente a la que fue objeto de juzgamiento en la sentencia del 7 de junio de 2016 y que permitió a la Sección Quinta unificar su jurisprudencia en relación con el momento de inicio de la incompatibilidad prevista para alcaldes y gobernadores en los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000.

La situación expuesta en la consulta se rige, además, por normas constitucionales y legales distintas de aquellas que fueron objeto de interpretación y aplicación en la sentencia de unificación, como se verá enseguida.

En efecto, entre los dos casos (el juzgado en la sentencia de unificación y el expuesto en la consulta), se observan las siguientes diferencias relevantes:

- (i) En el caso de la sentencia, se trataba de una alcaldesa elegida popularmente, que había renunciado a su cargo para inscribirse como candidata a la gobernación del departamento al cual pertenece el municipio que dirigía. Por el contrario, en la hipótesis propuesta en la consulta, se trata de un concejal o un diputado elegido popularmente, que pretende renunciar a su cargo para aspirar a ser elegido como senador o representante a la Cámara.
- (ii) Las incompatibilidades de los alcaldes están previstas en los artículos 38 y 39 de la Ley 617 de 2000, y las de los gobernadores, en los artículos 31 y 32 ibídem. Por su parte, las inhabilidades de quienes aspiren a ser elegidos congresistas están contenidas en el artículo 179 de la Constitución Política y en el artículo 280 de la Ley 5 de 1992 (Reglamento del Congreso), mientras que las incompatibilidades de los concejales están reguladas en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, y las de los diputados, en el artículo 34 de la Ley 617 de 2000. Se trata, por lo tanto, de normas constitucionales y legales diferentes.
- (iii) En el régimen específico de incompatibilidades de los diputados y concejales, no existe una causal igual o similar a la prevista para los alcaldes y gobernadores elegidos popularmente, en los artículos 31 numeral 7, 32, 38 numeral 7 y 39 de la Ley 617.
- (iv) Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la causal de inhabilidad o “inelegibilidad” prevista en el numeral 8º del artículo 179 de la Constitución Política, por coincidencia total o parcial de períodos, que para la jurisprudencia y la doctrina es aplicable a todos los servidores públicos de elección popular, a pesar de encontrarse indebidamente ubicada dentro del régimen de inhabilidades de los congresistas. En el caso de los concejales, esta causal se encuentra contenida, adicionalmente, en el artículo 44 de la Ley 136 de 1994 bajo el título de “inelegibilidad simultánea”.
- (v) En el caso juzgado en la sentencia, el período constitucional para el cual fue elegida la alcaldesa demandada, era el comprendido entre los años 2012 a 2015, mientras que el período para el cual fue elegida como Gobernadora de La Guajira era el de 2016 a 2019, lo que permite apreciar que no existía coincidencia en los períodos de los dos cargos de elección popular, ni siquiera

parcialmente. Por el contrario, en la hipótesis fáctica presentada en la consulta, el período de los concejales o diputados es el comprendido entre los años 2016 a 2019, mientras que el período de los congresistas, al cual aspirarían algunos de aquellos, es el de 2018 a 2022, con lo que resulta evidente que coinciden o se cruzan parcialmente los períodos de los dos cargos de elección popular mencionados.

Las diferencias fácticas y normativas mencionadas son lo suficientemente sustanciales e importantes para concluir, sin lugar a duda, que la jurisprudencia unificada contenida en la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 7 de junio de 2016 (radicado interno 2015-00051), en lo referente a la *“definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000”*, no puede aplicarse a la hipótesis sobre la cual se basa la consulta formulada en esta oportunidad a la Sala, esto es, a la situación de un concejal o diputado en ejercicio, elegido para el período 2016-2019, que pretenda inscribirse como candidato en las elecciones de Congreso para el período constitucional 2018-2022.

La Sala considera que el principio democrático, que indudablemente debe tenerse en cuenta en la interpretación de las normas electorales y de contenido político, tiene una doble dimensión: (i) por una parte, los derechos de los electores y de la sociedad en general, y por la otra, (ii) los derechos de los aspirantes y elegidos. Ambos grupos de derechos forman parte esencial de la democracia y deben tenerse en cuenta y ponderarse simultáneamente al interpretar cualquier disposición o juzgar cualquier situación electoral, pasándolos por el tamiz de los principios, valores y normas constitucionales que inspiran y regulan el funcionamiento de nuestro sistema político, con el fin de lograr un equilibrio entre tales derechos o, de no ser posible, establecer cuáles de ellos han de prevalecer en un caso concreto.

En todo caso, salvo lo expuesto por la Sección Quinta del Consejo de Estado de manera general, en la sentencia de unificación que se comenta, sobre los criterios de interpretación mencionados, lo decidido en dicha providencia y la jurisprudencia unificada establecida en la misma, no resultan aplicables para solucionar la hipótesis fáctica planteada en esta oportunidad a la Sala mediante la consulta que se responde.

Habrà que examinar, en consecuencia, con base en las normas constitucionales, legales y de otro orden que sean aplicables, así como en la jurisprudencia vigente y en la doctrina que resulten pertinentes, cuál es el momento límite en que los concejales y diputados actuales, elegidos para el período 2016-2019, deben renunciar (si es que aún pueden hacerlo) para participar en las elecciones al

Congreso de la República que se llevarán a cabo el 11 de marzo de 2018 (período constitucional 2018-2022).

Es importante recalcar, en este punto, que el análisis sobre cualquier situación o supuesto que pueda comprometer la validez o no de una elección –como por ejemplo los que son materia de la consulta- debe hacerse necesariamente sobre la base de la jurisprudencia emitida por los tribunales competentes que se encuentre vigente en la fecha de la elección o, según el caso, de la inscripción, pues cualquier cambio futuro en la jurisprudencia que sea pertinente no podría cobijar ni, por tanto, aplicarse a hechos o actos electorales acaecidos con anterioridad, por cuanto esto entrañaría una vulneración a varios principios y derechos constitucionales, como los de buena fe, igualdad, confianza legítima y seguridad jurídica.

C. Inhabilidades de los congresistas e incompatibilidades de los diputados y concejales: situación de los concejales y diputados elegidos para el período 2016 – 2019, que aspiren a participar en las elecciones para el Congreso de la República, período 2018 – 2022

En primer lugar, vale la pena recordar que el régimen de inhabilidades para los congresistas está contenido en normas especiales de rango constitucional, lo cual implica, de suyo, que en el evento de existir alguna antinomia u oposición entre tales disposiciones y otras, de orden legal, que se refieran al mismo asunto o, incluso, entre esas normas y otros preceptos constitucionales que aludan a los servidores públicos de elección popular, en general, deben aplicarse preferentemente aquellas disposiciones.

Las inhabilidades de los congresistas están contenidas principalmente en el artículo 179 de la Constitución, que prescribe:

“Artículo 179. No podrán ser congresistas:

- 1. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.*
- 2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.*
- 3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.*

4. *Quienes hayan perdido la investidura de congresista.*
5. *Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.*
6. *Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.*
7. *Quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento.*
8. *Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.*

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5". (Subrayas extra-textuales).

Al mismo asunto se refieren también los artículos 279 y 280 de la Ley 5 de 1992, en los siguientes términos:

"Artículo 279. Concepto de inhabilidad. Por inhabilidad se entiende todo acto o situación que invalida la elección de Congresista o impide serlo.

Artículo 280. Casos de inhabilidad. No podrán ser elegidos Congresistas:

1. *Quienes hayan sido condenados, en cualquier época, por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.*
2. *Quienes hayan ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.*
3. *Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan*

sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección.

4. Quienes hayan perdido la investidura de Congresista.

5. Quienes tengan vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

6. Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.

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

8. Quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden con el tiempo, así sea parcialmente. Salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente.

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5, y 6, se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5". (Remarca la Sala).

Para los propósitos de esta consulta, solo resulta pertinente examinar las causales contenidas en los numerales 2º y 8º del artículo 179 de la Carta Política, y en los mismos numerales del artículo 280 del Reglamento del Congreso.

Dado que en la hipótesis fáctica puesta a consideración de la Sala por el Ministro del Interior resulta evidente que existe una coincidencia parcial en el período de las corporaciones públicas a las que pertenecen actualmente los servidores públicos interesados en aspirar al Congreso de la República (concejos y asambleas departamentales), y el período de este último órgano, para el cual pretenden ser elegidos, la Sala considera que, por razones lógicas y metodológicas, debe estudiar primero la causal de inhabilidad prevista en los numerales octavos de las normas (constitucional y legal) citadas.

En efecto, si llegare a resultar de dicho análisis que los concejales y diputados actuales ya se encuentran inhabilitados para inscribirse como candidatos en las próximas elecciones legislativas y que, por lo tanto, no pueden renunciar a sus cargos con ese propósito, sería entonces inútil efectuar alguna consideración sobre la otra causal de inhabilidad mencionada (numerales 2º de los artículos 179 constitucional y 280 de la Ley 5 de 1992). Por el contrario, si de dicho estudio surgiera la conclusión de que los concejales y diputados actuales no estarían incurso en aquella inhabilidad (la del numeral 8º), tendría que referirse la Sala a la otra causal que sería pertinente, esto es, a la consistente en haber “*ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección*”.

1. La causal contenida en los numerales 8 de los artículos 179 de la Constitución y 280 de la Ley 5 de 1992 (coincidencia de períodos)

Lo primero que debe advertir la Sala sobre esta causal es que el Congreso de la República ha realizado dos intentos de modificar el numeral 8º del artículo 179 de la Carta Política, ninguno de los cuales ha prosperado, al haber sido declaradas inexequibles las disposiciones que lo reformaban.

Un primer intento se hizo con el Acto Legislativo N° 1 de 2003²¹, cuyo artículo 10 disponía:

“Artículo 10. El numeral 8 de artículo 179 de la Constitución Política quedará así:

8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así fuere parcialmente. La renuncia a alguno de ellos no elimina la inhabilidad.

Parágrafo transitorio. Lo dispuesto en el numeral 8 del presente artículo no se aplicará a quienes hubiesen renunciado con anterioridad a la vigencia del presente Acto Legislativo”. (Se resalta).

Esta norma fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-332 de 2005²², al considerar que el Congreso había incurrido en un vicio de procedimiento insubsanable, consistente en no haber discutido el asunto en todos los debates del trámite del respectivo acto legislativo (en violación a los principios de “consecutividad” e “identidad flexible”). En la misma sentencia, la Corte advirtió que la referida causal de inhabilidad ha existido, sin solución de continuidad, desde la expedición de la Constitución de 1991, por lo que dicha providencia no afectaba su vigencia ni su contenido; y respecto de los efectos de la renuncia del

²¹ “Por el cual se adopta una reforma política constitucional y se dictan otras disposiciones”.

²² Corte Constitucional, sentencia C-332 del 4 de abril de 2005, expediente D-5323.

servidor público que aspira a otro cargo o posición en una corporación pública, la Corte Constitucional manifestó expresamente que no se pronunciaba al respecto, al haberse declarado la norma inconstitucional por vicios de procedimiento y no de fondo, con lo cual los interesados debían atenerse a la interpretación que sobre este punto había hecho la jurisprudencia (sin precisar cuál era). Así lo expresó la Corte en la sentencia citada:

“Finalmente, como la presente sentencia se limitó a analizar los cargos formulados por la demanda presentada contra el artículo 10 del Acto Legislativo de 2003, en razón a las violaciones por vicios de procedimiento, no implica un pronunciamiento sobre si la renuncia elimina la inhabilidad. La jurisprudencia que ha interpretado los alcances del numeral 8º, se ha encargado de abordar la cuestión”. (Subrayamos).

Posteriormente, con el artículo 13 del Acto Legislativo N° 1 de 2009²³, el Congreso de la República quiso modificar de nuevo el numeral 8º del artículo 179 superior, esta vez para aclarar que la renuncia al cargo que se ejerciera, con un año de antelación a la nueva elección, eliminaba la inhabilidad. La norma citada decía:

“Artículo 13. El numeral 8 del artículo 179 de la Constitución Política, quedará así:

8. Nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para una Corporación y un cargo si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así fuere parcialmente. La renuncia un (1) año antes de la elección al cargo al que se aspire elimina la inhabilidad.

Parágrafo transitorio. La inhabilidad establecida en el numeral anterior no aplicará para quienes hayan renunciado al menos seis (6) meses antes del último día de inscripciones para la realización de las elecciones al Congreso de la República en el año 2010”.

Esta disposición fue igualmente declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en la sentencia C-040 de 2010²⁴, al encontrar vicios de procedimiento no corregibles. En dicha providencia, la Corte volvió a reiterar que la causal de inhabilidad contenida en el numeral 8º del artículo 179 de la Constitución Política fue establecida desde 1991 sin ninguna clase de interrupción y, por lo tanto, continuaba vigente en sus términos originales. En esta ocasión, el Tribunal Constitucional no hizo referencia alguna a los efectos jurídicos que, frente a dicha causal, pueda tener la renuncia del servidor público que aspira a ser elegido para otra corporación o cargo público.

Lo anterior permite afirmar que la causal de inhabilidad mencionada está consignada actualmente en los mismos términos en los que fue dispuesta por el

²³ “Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia”.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia del 1º de febrero de 2010, expediente D-7857.

Constituyente de 1991, que no hacen referencia alguna a los efectos que pueda tener la renuncia al cargo de quien aspira a inscribirse como candidato para otro cargo o corporación de elección popular, cuyo período coincida.

Sin embargo, los dos intentos fallidos de modificar dicha causal realizados por el Congreso de la República, permiten mostrar la dificultad del problema jurídico que se plantea, como quiera que en el primero de ellos, el constituyente derivado pretendió aclarar que la renuncia al cargo no enervaba la inhabilidad, mientras que en el segundo intento pretendió decir todo lo contrario, es decir, que la renuncia al cargo, con un año de anticipación, impedía que la citada inhabilidad se presentara. Esta misma dificultad hermenéutica se advierte al comparar el texto del numeral 8º del artículo 179 constitucional, con la redacción del numeral 8º del artículo 280 de la Ley 5 de 1992, como puede verse en el siguiente cuadro:

Artículo 179, numeral 8º C.P.	Artículo 280, numeral 8º Ley 5 de 1992
<i>“8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente”.</i>	<i>“8. Quienes sean elegidos para más de una corporación o cargo público, o para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden con el tiempo, así sea parcialmente. <u>Salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente</u>”.</i> (Se resalta).

Podría pensarse –y así ha sido dicho por una parte de la doctrina-, que de la comparación entre las dos normas surge una aparente contradicción entre la norma constitucional y la legal o, más preciso aun, un presunto exceso de la disposición legal-orgánica frente al canon constitucional, que de esa forma habría limitado la operatividad de esta última, al permitir que la renuncia al cargo que se ejerza, antes de la elección para la corporación o el cargo al que se aspire, impida que se incurra en esta inhabilidad.

A pesar de lo anterior, es del caso señalar que la constitucionalidad del numeral 8º del artículo 280 de la Ley Orgánica del Congreso fue estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia C-093 de 1994²⁵, mediante la cual declaró exequible la norma acusada, con los siguientes argumentos:

*“A juicio de la Corte, la norma acusada no es inconstitucional como lo afirman los actores, por cuanto lejos de contrariar, desarrolla el precepto de la Carta.
(...)”*

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-093 del 4 de marzo de 1994, expedientes acumulados D-448 y D-468.

La prohibición constitucional admite dos hipótesis:

a) La de una persona que es elegida en forma simultánea, para ser miembro de dos corporaciones, desempeñar dos cargos, o ser miembro de una corporación y a la vez desempeñar un cargo público;

En este caso, es claro que, si se da la condición prevista por la Carta, es decir, que los períodos coincidan en el tiempo, así sea parcialmente, habrá nulidad de la elección para el cargo y pérdida de la investidura del Congresista elegido (artículo 183, numeral 1° C.P.).

b) La de una persona que es elegida para desempeñar un cargo o para ser miembro de una corporación pública y, estando en ejercicio del mismo, aspira a ser elegida para otra corporación o cargo cuyo período coincide, siquiera parcialmente, con el que venía ejerciendo.

En este segundo supuesto, del cual parte el numeral acusado, cabe distinguir, para los fines de la inhabilidad, entre quien ha sido elegido y desempeña el cargo o destino público correspondiente y quien, pese haber sido elegido, no ha ejercido el empleo o interrumpió el respectivo período. Si lo primero, se configura la inhabilidad, lo cual no ocurre en el segundo evento, por las razones que más adelante se precisarán.

En efecto, la coincidencia de períodos, señalada en el canon constitucional como factor decisivo en la configuración de la inhabilidad, no puede entenderse sino con referencia a una persona en concreto que actúe simultáneamente en dos corporaciones, en dos cargos o en una corporación y un cargo.

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

Una persona puede haber sido elegida y no haberse posesionado en el empleo, es decir, puede no haber ejercido durante el período que le correspondía, o puede haber iniciado su período y haberlo interrumpido mediante su renuncia formalmente aceptada.

En estos eventos, mal puede pensarse que exista inhabilidad, por cuanto no se configura el ejercicio concreto y real del cargo o destino público correspondiente, bien por no haberse posesionado del mismo o en virtud de la separación definitiva ocasionada por la mencionada dimisión". (Resalta la Sala).

Es importante mencionar que en esta misma decisión, la Corte se refirió en concreto, aunque a título de ejemplo, a la situación de los concejales y diputados cuyo período coincida (total o parcialmente) con el del Congreso de la República y que aspiraren a ser elegidos senadores o representantes a la Cámara:

“Lo anterior implica, no solamente la imposibilidad de ejercer simultáneamente dos cargos, para más de una corporación o empleo público, sino también, la prohibición previa de la elección como congresista en las circunstancias anotadas, lo que equivale a entender que quien aspire a esta dignidad, no podrá encontrarse como Concejal o Diputado, ni tampoco tener la calidad de servidor público, en el momento de la inscripción como candidato al Congreso, salvo la de Senador o Representante a esa corporación. En dicho caso, se requiere haberse formalizado la renuncia correspondiente en ese momento, a fin de evitar que el Concejal o Diputado o Servidor Público candidato a Congresista pudiese estar dentro de la prohibición de que trata el numeral 8° del artículo 179 de la Constitución Política.

(...)

Lo anterior indica que si se configuró una falta absoluta en presencia de la renuncia formalmente aceptada a un concejal o diputado, antes de la inscripción como candidato al Congreso, no rige para ellos la prohibición consagrada en el artículo 179, numeral 8°, toda vez que su período para esas corporaciones se extinguió en virtud de su dimisión formal, de manera que este solamente rige hasta su culminación para la persona que lo haya reemplazado como candidato no elegido en la misma lista... sin que sea posible pretender que se siga considerando al dimitente como servidor público que en virtud de lo anterior ya no ostenta dicha calidad y por consiguiente no se encuentra inhabilitado en los términos indicados, para ser elegido congresista.

Además, debe agregarse que, si los Concejales y Diputados cuyo período constitucional se encontraba vigente para la fecha de la inscripción de su candidatura al Congreso de la República, renunciaron expresamente a sus respectivos cargos y su dimisión fue aceptada formalmente, habiéndose configurado de esta manera, la falta absoluta para el resto del período, rige el principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución... (Subrayas añadidas).

Es pertinente señalar que mediante la sentencia C-334 de 1994²⁶, la Corte Constitucional ordenó estarse a lo resuelto en la sentencia C-093 del mismo año, transcrita parcialmente, con lo que ratificó los efectos de cosa juzgada “*erga omnes*” que este último fallo produjo en relación con la constitucionalidad del numeral 8° del artículo 280 de la Ley 5 de 1992.

Igualmente, es necesario advertir que en relación con los concejales, específicamente, existe otra norma legal que ratifica, en términos similares, lo

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-334 del 21 de julio de 1994, expediente D-479.

dispuesto por el artículo 280 numeral 8º de la Ley 5. En efecto, el artículo 44 de la Ley 136 de 1994 preceptúa lo siguiente:

“Artículo 44. Inelegibilidad simultánea. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

Los concejales en ejercicio que aspiren a ser congresistas deben renunciar a su investidura antes de la fecha de la inscripción de su candidatura”. (Subrayamos).

Por otra parte, merece la pena señalar que con base en la declaratoria de exequibilidad del numeral 8º del artículo 280 de la Ley 5 de 1992, el Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial conforme a la cual la renuncia al cargo que ocupen los concejales y diputados (entre otros cargos de elección popular), debidamente aceptada, antes de su inscripción como candidatos al Congreso de la República, impide que opere esta causal. Así puede leerse en sentencia del 12 de marzo de 2015²⁷, en la cual se resolvió una demanda de nulidad contra la elección de una congresista que había renunciado a su cargo como diputada del mismo departamento por el cual fue elegida luego representante a la Cámara:

“IV. La postura jurisprudencial de la Sección Quinta en materia de esta inhabilidad

Antes de adentrarse en el análisis del caso, la Sala destaca que ha existido una posición reiterada de la Sección Quinta del Consejo de Estado, a partir del fallo de constitucionalidad C-093 de 1994 en el sentido que el parágrafo del numeral 8º del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 está ajustado a la Carta Política, y que tal estudio es cosa juzgada absoluta, razón por la cual tiene efectos erga omnes en el sentido de que no se presenta la inhabilidad del artículo 179-8 constitucional para resultar elegido en otro cargo aunque los períodos coincidan en el tiempo, cuando se renuncia al primer cargo que se ocupe y su período se halle en curso.

Sobre el particular, se tienen los siguientes pronunciamientos:

<i>Expediente</i>	<i>Magistrado</i>	<i>Fecha de la decisión</i>
<i>1135</i>	<i>Miren de Lombana</i>	<i>04/05/99</i>
<i>1891 y acumulados</i>	<i>Darío Quiñonez Pinilla</i>	<i>24/11/99</i>

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 12 de marzo de 2015, radicación 11001-03-28-000-2014-00050-00.

2000-2150-02	Roberto Medina López	30/11/01
2000-0880-02	Mario Alario Méndez	03/05/02
2002-0008-01	Darío Quiñones Pinilla	04/10/02
2002-2924-01	Darío Quiñones Pinilla	25/09/03
2003-1081-01	Darío Quiñones Pinilla	05/08/04
2003-1263-01	María Nohemí Hernández P.	26/08/04
2003-04839-01	Darío Quiñones Pinilla	24/02/05
2006-00090-00	María Nohemí Hernández P.	19/09/08
2006-00011-00	Filemón Jiménez Ochoa	13/08/09
2010-00020-00	Susana Buitrago Valencia	10/03/11
2014-00032-00	Alberto Yepes Barreiro	08/10/14
2014-00054-00	Alberto Yepes Barreiro	30/10/14

Incluso en reciente sentencia del 8 de octubre de 2014²⁸ esta Sala fue enfática en señalar que el fallo C-093 de 1994 “es una decisión de control concreto de constitucionalidad y se caracteriza por: i) **hacer tránsito a cosa juzgada absoluta y ii) tener efectos erga omnes** (...). (Negrillas en el original; subrayas añadidas).

En la misma sentencia, el Consejo de Estado consideró improcedente dejar de aplicar la segunda parte del numeral 8º del artículo 280 de la Ley 5, en virtud de la denominada “excepción de inconstitucionalidad”, con el argumento de que lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-093 de 1994 tenía efectos de cosa juzgada.

Una precisión final: el hecho y el momento que sirven para enervar la causal

Por último, la Sala considera que, para mayor claridad, es conveniente hacer una precisión final acerca de la conducta y el momento que, conforme al marco jurídico vigente, serviría para enervar la causal de inhabilidad que se comenta.

²⁸ “[11] Exp. 2014-00032-00. M.P. Alberto Yepes”.

En efecto, tal como se indicó, conforme al numeral 8º del artículo 280 del Reglamento del Congreso, el hecho que impediría incurrir en esta causal de inhabilidad es “*que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente*”, lo cual significaría, literalmente, que si el servidor público que ejerce un cargo de elección popular presenta su renuncia, incluso el día anterior al de las elecciones para el nuevo cargo o corporación judicial a la que aspira, no incurriría en la citada causal de inhabilidad.

Sin embargo, como también se mencionó, en el caso de los concejales, el artículo 44 de la Ley 136 de 1994 dispone que cuando dichos servidores públicos aspiren a ser elegidos congresistas, no se ven afectados por la inhabilidad que nos ocupa si renuncian “a su investidura antes de la fecha de la inscripción de su candidatura”, con lo cual dicha norma anticipó el momento en que podría enervarse la inhabilidad para dichos servidores, que ya no es el de las elecciones sino el de la inscripción de la candidatura.

Y la Corte Constitucional, en la citada sentencia C-093 de 1994, expresó sobre este tópico:

Lo anterior indica que si se configuró una falta absoluta en presencia de la renuncia formalmente aceptada a un concejal o diputado, antes de la inscripción como candidato al Congreso, no rige para ellos la prohibición consagrada en el artículo 179, numeral 8º, toda vez que su período para esas corporaciones se extinguió en virtud de su dimisión formal...

Además, debe agregarse que, si los Concejales y Diputados cuyo período constitucional se encontraba vigente para la fecha de la inscripción de su candidatura al Congreso de la República, renunciaron expresamente a sus respectivos cargos y su dimisión fue aceptada formalmente, habiéndose configurado de esta manera, la falta absoluta para el resto del período, rige el principio de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución...
(Subrayas añadidas)

De acuerdo con lo anterior, es claro que, para la Corte Constitucional, no es suficiente que se presente la renuncia del servidor público antes de las nuevas elecciones en las cuales desea participar, como lo señala literalmente el numeral 8º del artículo 280 de la Ley 5 de 1992, sino que se requiere que dicha renuncia sea aceptada antes de la inscripción de su respectiva candidatura para el cargo o la corporación a la cual aspira, pues solo de esta forma se presentaría una vacancia absoluta en el cargo que ejerce, se “*extinguiría su período*” y podría pretender al nuevo cargo o corporación de elección popular.

Dado que en los fallos de constitucionalidad de las leyes (que declaran exequible o inexecutable una norma) proferidos por la Corte Constitucional, no solamente la

parte resolutive sino también la considerativa hacen tránsito a cosa juzgada con efectos generales o “*erga omnes*”, en este último caso frente a los argumentos que sirvieron directamente como fundamento para adoptar la decisión (“*ratio decidendi*”), la interpretación que hace la Corte en la citada providencia sobre el numeral 8º del artículo 279 de la Carta Política y el mismo ordinal del artículo 280 de la Ley Orgánica del Congreso, en cuanto a la circunstancia que sirve para enervar la causal de inhabilidad y el momento en que esta debe presentarse, se encontrarían amparadas igualmente por el efecto de cosa juzgada y, por lo tanto, resultarían también obligatorias.

Vale la pena mencionar, para aclarar aún más esta hermenéutica, que, según el artículo 53 de la Ley 136 de 1994, la renuncia de un concejal se presenta “*cuando él mismo manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de hacer dejación definitiva de su investidura como tal*”, renuncia que, según la misma norma, debe ser formulada ante el presidente del respectivo concejo municipal o distrital, indicando la fecha a partir de la cual se quiere hacer efectiva.

Asimismo, conforme al artículo 51 de dicha normatividad, una de las circunstancias que generan “falta absoluta” de los concejales es “la renuncia aceptada” (literal b). Una disposición similar se encuentra para los diputados en el artículo 38²⁹ del Decreto Ley 1222 de 1986³⁰.

De lo anterior se concluye que la mera renuncia de los concejales y disputados no genera una vacancia absoluta de sus cargos, sino que se requiere que dicha renuncia sea debidamente aceptada por parte de la corporación pública a la cual pertenecen.

Por lo tanto, según lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia C-093 de 1994, para enervar o dejar sin efectos la causal de inhabilidad prevista en el ordinal 8º del artículo 179 de la Constitución Política, cuando se presenta una coincidencia parcial de períodos, no basta con que el servidor público elegido renuncie a su cargo o dignidad antes de las nuevas elecciones, sino que se exige que su renuncia sea aceptada, antes de inscribirse como candidato para el nuevo cargo o corporación en la cual pretende resultar electo.

A este respecto, cabe recordar que, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 1475 de 2011, “*el periodo de inscripción de candidatos y listas a cargos y*

²⁹ “Artículo 38. El presidente de la Asamblea llamará a los diputados suplentes en los casos de faltas absolutas o temporales de los principales...”

Son faltas absolutas la muerte, la renuncia admitida y la incapacidad legal o física definitivas. (...). (Se resalta).

³⁰ “Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental”.

corporaciones de elección popular durará un (1) mes y se iniciará cuatro (4) meses antes de la fecha de la correspondiente votación”.

Finalmente, la Sala considera necesario referirse brevemente a la conclusión sostenida en el concepto 1320 de 2001, antes citado, en el sentido de que los diputados, para no incurrir en esta causal de inhabilidad, debían renunciar a su investidura seis (6) meses antes de la inscripción de su candidatura al Senado de la República o a la Cámara de Representantes. Esta conclusión se extrajo principalmente de las siguientes consideraciones: (i) que la “inhabilidad o inelegibilidad” prevista en el artículo 179-8 de la Carta es, ante todo, una causal de incompatibilidad, porque entraña una prohibición al servidor público que ha sido elegido popularmente para inscribirse como candidato a otro cargo o corporación de elección popular, durante su período, a menos que renuncie previamente; (ii) que dicha incompatibilidad, si bien está prevista en el régimen de inhabilidades de los congresistas (artículo 179 C.P.), es general, pues se aplica a todos los servidores públicos de elección popular, entre los cuales se encuentran los miembros de las asambleas departamentales, y (iii) que al ser una incompatibilidad para los diputados, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 617 de 2000, de acuerdo con el cual las incompatibilidades de dichos servidores, en caso de renuncia, se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere mayor.

Merece la pena señalar que una norma similar sobre la duración de las incompatibilidades, se encuentra prevista para los concejales en el artículo 47 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 43 de la Ley 617 de 2000, de donde habría que inferir que la conclusión a la que llegó la Sala sobre el momento en que deben renunciar los diputados (y serle aceptada su renuncia), para no caer en la causal de inelegibilidad que se analiza, resultaría también aplicable a los concejales municipales y distritales.

Sin embargo, la Sala considera necesario modificar el criterio fijado en dicha oportunidad, en atención a las razones que se exponen en forma sucinta:

- (i) Si bien es cierto que la mencionada causal de inelegibilidad por coincidencia de períodos puede ser entendida también como una incompatibilidad, al constituir una prohibición para el servidor elegido popularmente, como lo considera una parte de la doctrina y de la jurisprudencia, ello no le quita su carácter de inhabilidad, como expresamente la califican los artículos 179 constitucional y 280 de la Ley 5 de 1992, pues impiden que una persona sea elegida válidamente en un nuevo cargo o corporación de elección popular, y si de hecho resulta elegido, genera la nulidad de su elección o la pérdida de su investidura, según el caso. Por lo tanto, se trata realmente de una

circunstancia que constituye, al mismo tiempo y frente a la misma persona, incompatibilidad en relación con el cargo de elección popular que ejerza, e inhabilidad o inelegibilidad para ser elegido en el nuevo cargo o corporación de elección popular a la cual aspire.

- (ii) En esa medida, la situación descrita no puede dejar de ser considerada como una causal de inhabilidad o inelegibilidad para ser elegido congresista, ni en relación con los diputados ni frente a los concejales o cualquier otro servidor público de elección popular. Por lo tanto, a dicha causal deben aplicarse, de preferencia, las disposiciones constitucionales y legales que regulan las inhabilidades para ser congresistas, conformadas principalmente, como ya se dijo, por el artículo 179 de la Constitución Política y los artículos 279 y 280 de la Ley Orgánica del Congreso. En caso de oposición o contradicción entre estas normas y otras de carácter legal que establezcan incompatibilidades para otros servidores públicos, debe darse prelación a las primeras, no solo por su rango constitucional y de ley orgánica, sino también por su especialidad (para los congresistas).
- (iii) Así, aunque se concluyera que la situación de “coincidencia de períodos” constituye, para los diputados y concejales, una incompatibilidad y que esta queda comprendida por el período de vacancia establecido en los artículos 36 y 47 de la Ley 136, respectivamente (6 meses a partir de la aceptación de la renuncia), tal norma entraría en contradicción con la regla prevista en los artículos 179-8 de la Carta y 280-8 de la Ley 5 de 1992 (tal como fueron interpretados por la Corte), por lo cual sería necesario aplicar de preferencia estos últimos, que no establecen lapso o período alguno que deba mediar entre la aceptación de la renuncia y la inscripción al nuevo cargo que se pretende.
- (iv) Adicionalmente, en el caso de los concejales, existe una norma legal de carácter especial (el artículo 44 de la Ley 136 de 1994), que establece como circunstancia que inhibe la aplicación de esta causal de inhabilidad, el hecho de que el concejal renuncie “*a su investidura antes de la fecha de inscripción de su candidatura*” para el nuevo cargo al que aspire, sin hacer referencia a un período adicional de 6 meses. Dado que esta es una norma especial para la situación de “coincidencia de períodos”, es claro que debe aplicarse de preferencia a dicha hipótesis, en relación con las demás disposiciones que regulan las inhabilidades e incompatibilidades de tales servidores públicos.
- (v) Finalmente es pertinente reiterar que, conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado en asuntos electorales, la causal de inhabilidad por coincidencia de períodos no se aplica a los concejales y diputados que

renuncien a su cargo y su renuncia les sea aceptada antes de su inscripción para las elecciones de Congreso de la República.

Los argumentos anteriores son suficientes para que la Sala rectifique la posición adoptada en el concepto 1320 de 2001 sobre el momento en que deben renunciar los diputados que aspiren a participar en las elecciones para el Congreso de la República, cuando los períodos de las asambleas departamentales y del Congreso coincidan. Sobre este punto se reitera que, conforme al marco jurídico que actualmente se encuentra vigente, tanto en el caso de dichos servidores públicos como en el de los concejales municipales y distritales, la causal de inhabilidad prevista en los artículos 179 numeral 8 de la Carta Política y 280 numeral 8 de la Ley 5 de 1992, no se aplica cuando el respectivo servidor presenta su renuncia y esta le es aceptada en cualquier momento anterior a su inscripción para la nueva dignidad de elección popular a la cual pretenda acceder.

2. La causal de inhabilidad prevista en el numeral 2º de los artículos 179 de la Constitución Política y 280 de la Ley 5 de 1992

Como atrás se indicó, el artículo 179 de la Carta establece que *“no podrán ser congresistas... quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección”* (numeral 2º). En el mismo sentido regula esta causal de inhabilidad el numeral 2º del artículo 280 de la Ley 5 de 1992.

En relación con esta inhabilidad, la Sala tuvo ocasión de analizarla minuciosamente en el concepto N° 2160 de 2013³¹, teniendo en cuenta, entre otras consideraciones, lo expuesto hasta ese momento por la jurisprudencia y la doctrina. En el concepto citado, la Sala afirmó lo siguiente sobre los elementos configurativos de esta causal:

“A partir de las normas mencionadas y de la jurisprudencia al respecto, para que esta causal se configure, inhabilitando a una persona para ser elegida como congresista, deben concurrir los siguientes elementos: (i) un elemento orgánico o subjetivo, relativo a la calidad de empleado público de quien aspira al Congreso; (ii) un elemento funcional, consistente en el ejercicio de la jurisdicción o de la autoridad política, civil, administrativa o militar por parte de dicha persona; (iii) un elemento temporal, referido al período previo a la elección durante el cual puede presentarse la situación inhabilitante, y (iv) un elemento espacial o territorial, determinado por el hecho de que tal circunstancia debe ocurrir en la misma circunscripción territorial para la cual haya de efectuarse la elección”. (Se resalta).

³¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 2160 del 13 de agosto de 2013, dirigido al Ministerio del Interior.

En relación con la primera de las condiciones mencionadas (la subjetiva, personal u orgánica), la Sala manifestó lo siguiente en el citado concepto:

“A. Elemento orgánico o subjetivo: la calidad de empleado público

Para interpretar adecuadamente el término “empleado público” que utiliza el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución debe partirse de lo que la propia Carta Política dispone sobre la materia. A este respecto el artículo 123 de la Constitución señala que “son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”, y el artículo 125 ibídem dispone que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.

De estos preceptos se desprende que los empleados públicos son todos aquellos servidores públicos (de carrera o de libre nombramiento y remoción) que no son trabajadores oficiales ni miembros de las corporaciones públicas...” (Subrayas agregadas).

Como se observa, la Sala de Consulta y Servicio Civil concluyó que para efectos del régimen de inhabilidades de los congresistas, establecido en la Constitución Política, los miembros de las corporaciones públicas (dentro de los cuales están los concejales y los diputados), si bien son servidores públicos (concepto genérico), no son empleados públicos (término específico).

Esta conclusión, en el caso de los concejales, aparece ratificada, además, en forma clara y contundente por el artículo 312 de la Carta Política (modificado por el artículo 5º del Acto Legislativo N° 1 de 2007), cuyo inciso segundo preceptúa: “Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos”.

Si bien la norma constitucional correspondiente a los miembros de las asambleas departamentales (artículo 299) no es igual de clara, pues dispone que “el período de los diputados será de cuatro años y tendrá (sic) la calidad de servidores públicos” (subrayamos), tal disposición tampoco desvirtúa lo que planteó la Sala en el año 2013, pues, como se explicó en aquella ocasión, el término “servidor público” corresponde a un género, dentro del cual coexisten varios tipos o categorías, entre ellas la de “empleados públicos”. Así, el hecho de que el canon constitucional referido diga que los diputados son “servidores públicos”, lo cual es innegable, no significa que sean “empleados públicos”.

Esta afirmación se confirma con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado (Sección Quinta), que de manera homogénea reconocen que

los concejales y los diputados no son “empleados públicos”. Así, en la sentencia C-315 de 1995, la Corte manifestó:

“11. El problema que esta Corte debe dilucidar... se remite al alcance del término “servidores públicos” y a sus implicaciones concretas, dadas las proposiciones normativas examinadas, frente a tres categorías: miembros de las corporaciones públicas territoriales (1); empleados públicos territoriales (2); trabajadores oficiales territoriales (3).

12. Los diputados y los concejales, en los términos de los artículos 299 y 312 de la C.P., no son ni funcionarios ni empleados públicos. De otro lado, con arreglo a las limitaciones que establezca “la ley”, tienen derecho a “honorarios”...

El fundamento constitucional de la ley analizada lo constituye la atribución que la Constitución asigna al Congreso en su artículo 150-19, literales e y f. La facultad del Legislador se reduce a fijar... normas generales sobre el régimen salarial y prestacional de los “empleados públicos” y el régimen de prestaciones... de los “trabajadores oficiales”. No puede, en consecuencia, hacerse uso de esta facultad en relación con los concejales y los diputados, que por definición no son empleados públicos. (...). (Subraya la Sala).

En el mismo sentido se expresó el Consejo de Estado (Sección Quinta) en reciente fallo del 26 de marzo de 2015³²:

*“Entonces, es evidente que según: i) la disposición constitucional y ii) los antecedentes jurisprudenciales, **los concejales no son funcionarios, sino simplemente servidores públicos dentro de la “especie” miembros de corporaciones públicas**, los cuales son elegidos popularmente y desempeñan funciones específicas establecidas en la Ley y en la Constitución.*

Así las cosas y comoquiera que la Sección entiende que el término “funcionario” contenido en la inhabilidad indilgada es equiparable a la de “empleado público”, se concluye que los concejales no son funcionarios... (Negrillas del original; subrayas añadidas).

Es conveniente aclarar que aun cuando la sentencia citada se refiere a la causal de inhabilidad establecida en el numeral 5º del artículo 179 de la Carta Política³³, y no a la prevista en el numeral 2º de la misma norma, la jurisprudencia contenida en dicha providencia resulta aplicable, pues en ella se analizó la naturaleza jurídica del cargo de los concejales y se llegó a la conclusión de que, aun cuando

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 26 de marzo de 2015, radicación número 11001-03-28-000-2014-00058-00.

³³ “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”.

estos son servidores públicos, en la categoría de “miembros de las corporaciones públicas”, no pueden ser calificados como funcionarios públicos ni empleados públicos, términos que para la Sección Quinta resultan equivalentes, a los efectos del régimen de inhabilidades de los congresistas previsto en la Constitución.

Ahora bien, dado que ni los miembros de los concejos municipales o distritales (concejales) ni los de las asambleas departamentales (diputados) pueden calificarse como “empleados públicos”, dichos servidores del Estado no cumplen la primera condición, elemento o requisito para que se configure la causal de inhabilidad que se comenta, razón por la cual la Sala considera innecesario, e incluso impertinente, adentrarse en el estudio de los demás elementos que permiten estructurar dicha causal, con respecto a tales servidores.

Por todo lo anterior, la Sala de Consulta ratifica que la causal referente al ejercicio de un cargo como empleado público que implique el ejercicio de jurisdicción o de autoridad política, civil, administrativa o militar (artículos 179 numeral 2º de la Constitución Política, y 280 numeral 2º de la Ley 5 de 1992), no se aplica a quienes hayan ejercido los cargos de diputado o concejal (municipal o distrital), dentro de los doce (12) meses anteriores a su elección como congresistas (senadores y representantes a la Cámara).

En esa medida, la única causal que se aplicaría en el caso concreto, de acuerdo con el supuesto fáctico planteado en la consulta, es la referente a la coincidencia total o parcial de los períodos (artículos 179 numeral 8º de la Constitución Política, 280 numeral 8º de la Ley 5 de 1992, y 44 de la Ley 136 de 1994), la cual se desvirtúa o enerva si el diputado o concejal renuncia a su investidura y su renuncia le es aceptada antes de la inscripción de su candidatura para el Senado de la República o la Cámara de Representantes.

En virtud de las consideraciones precedentes,

III. La Sala RESPONDE:

1. ¿Lo dispuesto dentro de la sentencia de unificación de fecha 7 de junio de 2016, del Consejo de Estado, en lo que respecta a la posibilidad de renunciar a un cargo para el cual ha sido elegido, porque se desea acceder a otro de elección popular, tiene aplicación para los cargos colegiados?

Conforme a lo explicado en este concepto, la sentencia de unificación dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 7 de junio de 2016 (radicación interna 2015-00051), en lo que atañe a la posibilidad de renunciar a un cargo para el cual

una persona fue elegida popularmente, con el fin de acceder a otro de elección popular, solamente puede y debe aplicarse en aquellos casos que correspondan a la misma situación fáctica que dio origen al citado fallo y que deba resolverse con las mismas normas legales que fueron interpretadas en este. En particular, como dicha sentencia lo señala expresamente, la jurisprudencia unificada allí se aplica a *“la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000”*.

Por lo tanto, para determinar las eventuales causales de inhabilidad (o de incompatibilidad que produzcan los mismos efectos) en las que puedan estar incursos otros servidores públicos elegidos popularmente (distintos de los alcaldes y los gobernadores) para aspirar a otras corporaciones públicas o a cargos de elección popular (uninominales), así como el efecto que sobre dichas causales tenga la renuncia a la corporación o al cargo que actualmente ocupen, es necesario analizar las normas constitucionales y legales, así como la jurisprudencia vigente y la doctrina que se refieran específicamente a dichos cargos o posiciones (tanto los que ocupen como los que esperan regentar).

2. Sosteniendo como hipótesis fáctica que el aspirante a ser electo senador de la República para el período 2018 – 2022, es diputado o concejal en ejercicio, elegido en las elecciones llevadas a cabo el 25 de octubre de 2015, ¿en qué momento deben renunciar los diputados o concejales electos cuyo período constitucional es de 2016 – 2019, para poder ser inscritos como candidatos y elegidos como senadores o representantes a la cámara, en las elecciones que se llevarán a cabo el 11 de marzo de 2018, para el período 2018 – 2022, sin contravenir el régimen de inhabilidades?

Los diputados y concejales en ejercicio, elegidos popularmente en la jornada electoral llevada a cabo el 25 de octubre de 2015 (para el período 2016-2019), que aspiren a ser elegidos como senadores de la República o representantes a la Cámara en las elecciones a realizarse el 11 de marzo de 2018 (período 2018-2022), deben renunciar a sus cargos, y su renuncia ser aceptada, antes de su inscripción como candidatos al Senado o a la Cámara de Representantes, para no incurrir en la inhabilidad prevista en el numeral 8º del artículo 179 de la Constitución Política (ordinal 8º del artículo 280 de la Ley 5 de 1992 y artículo 44 de la Ley 136 de 1994).

Dichos servidores públicos no incurren, por el hecho de serlo, en la causal prevista en los numerales 2º del artículo 179 de la Constitución y 280 de la Ley 5 de 1992, pues no tienen la calidad de empleados públicos.

En relación con las demás causales de inhabilidad previstas en la Constitución y en la ley para ser congresista, debe analizarse la situación concreta de cada aspirante, con base en sus condiciones individuales y familiares, entre otras consideraciones, a la luz de las normas que resulten aplicables.

Remítase al Ministro del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala

OSCAR DARIO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala