

**Función Pública**

Sentencia 43901 de 2016 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: REINALDO CHAVARRO BURITICA

Radicación número: 68001231500020040043901

Radicación interna No. 3765

Actor: Jorge Edgardo Rincón Lozano

Apelación Sentencia

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de nueve (9) de diciembre de dos mil cuatro (2004), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES.

1.1 La demanda

El demandante, actuando en nombre propio, en ejercicio de la acción de nulidad electoral, solicitó la nulidad del acto administrativo mediante el cual la Comisión Escrutadora Municipal del Municipio de Guaca, Departamento de Santander, declaró elegido a Mario Villamizar Villamizar como Alcalde de esa localidad en las elecciones celebradas el 26 de octubre de 2003.

Para fundamentar tácticamente la demanda expuso los hechos que la Sala resume así:

El demandante manifestó que en las elecciones celebradas en el Municipio de Guaca el 26 de octubre de 2003 la Comisión Escrutadora Municipal declaró elegido como Alcalde de esa localidad al señor Mario Villamizar Villamizar, quien se había inscrito en nombre del Partido Liberal Colombiano y que el "acta general de escrutinio" que contiene la declaración anterior está fechada el "28 de noviembre de 2003"; que el demandado estaba inhabilitado para ser elegido alcalde municipal de conformidad con el artículo 37 de la Ley 617 de 2000 porque su hermano Raúl Villamizar Villamizar se desempeñó como Concejal del Partido Liberal Colombiano en el mismo municipio y ejerció la Presidencia de la Corporación hasta el 25 de abril de 2003, por lo que éste tuvo la condición de empleado público y ejerció la función de ordenar gastos del presupuesto; que lo anterior constituye una violación del artículo 49 de la Ley 617 de 2000; que ante el Registrador Municipal se solicitó la cancelación de la inscripción del demandado y que de acuerdo con el inciso final del artículo 226 del C. C. A., el cargo de alcalde debe ser ocupado por el candidato Jorge Edgardo Rincón Lozano, quien obtuvo la segunda votación durante las elecciones mencionadas.

Invocó el actor como normas violadas los Artículos 37 numeral 4° y 49 de la Ley 617 de 2000, 223 del C.C.A., numeral 5° y 26 de la Ley 78 de 1987.

Como concepto de la violación afirmó que los artículos 37 numeral 4° y 49 de la Ley 617 de 2000 fueron violados, porque el demandado fue elegido Alcalde de Guaca pese a que su hermano se desempeñó como concejal del mismo municipio dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección demandada y en su condición de Presidente de la Corporación ordenó gastos y ejerció autoridad; que el numeral 5° del artículo 223 del C. C. A., se violó al declararse la elección del demandado, porque el mismo establece que son nulas las actas de escrutinio cuando se hayan computado votos de candidatos inelegibles y el demandado lo era y que el artículo 26 de la Ley 78 de 1987 se violó por cuanto el demandado juro que no se encontraba incurso en el régimen de inhabilidades para ser elegido alcalde.

1.2. Contestación de la demanda.

El demandado contestó la demanda, mediante apoderado, en la oportunidad legal (fs. 17 a 32), se opuso a las pretensiones de la misma y admitió haber sido elegido como Alcalde de Guaca en las elecciones celebradas el 26 de octubre de 2003, aunque negó haber incurrido en inhabilidad por el hecho de que su hermano Raúl Villamizar Villamizar hubiera sido concejal durante el periodo anterior y Presidente de la Corporación hasta el 25 de abril de 2003, fecha en que renunció irrevocablemente al cargo faltando seis meses para las elecciones. Adujo que los concejales, tal como lo expresa el artículo 312 constitucional, no son empleados públicos y conforme a la jurisprudencia de ésta Sección del Consejo de Estado no están investidos de jurisdicción autoridad ni mando y ni siquiera ejercen funciones públicas en forma individual.

Agregó que los concejales no perciben salarios sino honorarios por la asistencia comprobada a las sesiones y que la relación de parentesco de un candidato a alcaldía con un concejal municipal no está establecida como causal de inhabilidad para ser elegido alcalde, tal como lo manifestaron el Consejo Nacional Electoral y la Escuela Superior de Administración Pública, cuando fueron consultados sobre el particular.

1. 3. Actuación Procesal.

La demanda fue admitida mediante auto de 17 de febrero de 2004 (fs. 12 y 13), el cual fue notificado personalmente al Agente del Ministerio Público (f. 13) y al demandado (f. 15) y fijado en edicto durante el término legal (f.14 y 16). El Tribunal fijó en lista el proceso por el término de tres (3) días hábiles (f.16), abrió el proceso a pruebas mediante auto de 14 de Julio de 2004 (fs. 42 y 43) y mediante auto de 15 de septiembre de 2004 ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y entregar el expediente al Agente del Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (fs. 97 y 98).

1.4. Alegatos.

El demandante reiteró en su alegato el contenido de la demanda y agregó que las pruebas obrantes en el expediente prueban los hechos en que se fundamentó aquella y que Raúl Villamizar Villamizar, hermano del demandado, aunque renunció el 25 de abril de 2003 como Presidente del Concejo Municipal de Guaca, permaneció como concejal de esa localidad percibiendo honorarios hasta agosto de 2003, tal como consta en certificado expedido por el Tesorero de ese Municipio aportado al proceso.

Afirmó que el demandado estaba inhabilitado para ser elegido alcalde porque su hermano era concejal dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección y tenía como tal la condición de servidor público que le otorga el artículo 123 constitucional; que el artículo 37 de la Ley 617 de 2000 pretende eliminar prácticas antidemocráticas e inequitativas como las narradas en la demanda a través de las cuales los servidores públicos acumulan poder en beneficio de sus parientes, y que el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 obliga a los servidores públicos a declararse impedidos para actuar en los asuntos en que tengan interés particular o lo tengan sus parientes en los grados que allí se indican.

El apoderado del demandado, por su parte, reiteró los hechos y razones expuestos en la contestación de la demanda.

1. 5. Concepto del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público, dentro del término legal, solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda, porque consideró que la causal de inhabilidad establecida en el numeral 4° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 no se configuró, puesto que conforme a la norma mencionada no pueden inscribirse ni ser elegidos como alcalde quienes tengan los vínculos allí señalados con personas que como funcionarios hubieran ejercido jurisdicción o autoridad civil, administrativa, política o militar en el municipio dentro de los doce meses anteriores a la respectiva elección y el cargo formulado alude a la relación de parentesco en segundo grado de consanguinidad entre el demandado y un concejal municipal, quien no tiene la condición de funcionario, porque las funciones que cumplen los concejales les están asignadas a la corporación y no a ellos individualmente.

Sostuvo que de acuerdo con el artículo 188 de la Ley 136 de 1994, la autoridad civil la ostentan los empleados oficiales y los concejales no lo son y que las normas sobre inhabilidades deben interpretarse restrictivamente, por lo que no es admisible el argumento de que la expresión funcionario público sea sinónimo de servidor público.

1.6. La sentencia apelada.

Es la de nueve (9) de diciembre de dos mil cuatro (2004) proferida por el Tribunal Administrativo de Santander (fs. 107 a 117), mediante la cual negó prosperidad a las pretensiones de la demanda.

Consideró el a-quo que no se configuró la inhabilidad establecida en el numeral 4° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que supone los vínculos allí señalados entre quien es elegido alcalde municipal y una persona que "como funcionario" haya ejercido jurisdicción, autoridad civil, administrativa, política o militar en el respectivo municipio dentro de los doce meses anteriores a la elección, porque en el caso que nos ocupa, si bien el demandado es pariente de una persona que dentro de los doce meses anteriores a la elección se desempeñó como concejal de Guaca y Presidente de la Mesa Directiva de la Corporación, los concejales municipales no son funcionarios públicos ni ejercen las formas de autoridad a que se refiere la norma comentada.

Sostuvo que el artículo 123 constitucional clasificó a los servidores públicos en empleados públicos, trabajadores oficiales y miembros de corporaciones públicas de elección popular y los concejales municipales están comprendidos en ésta última categoría; no son empleados públicos por expresa disposición del artículo 312 constitucional, ni trabajadores del Estado.

Consideró que los concejales no ejercen autoridad civil, política ni dirección administrativa, tal como se desprende de las definiciones contenidas en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994 y tampoco está investido de ellas el Presidente del Concejo porque las funciones administrativas de ese cargo las ejerce a título de concejal; si las ejerciera, agregó, no serían reelegibles, pues estarían inhabilitados conforme al numeral 2° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994.

1.7. La apelación

El demandante, dentro de la oportunidad legal apeló la sentencia de primera instancia y sustentó el recurso reiterando las razones que expuso en la demanda y los alegatos de conclusión (fs. 119 a 121).

1. 8. Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Séptimo Delegado ante esta Sección del Consejo de Estado no hizo pronunciamiento alguno en esta oportunidad procesal.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Consideraciones previas.

El demandante no señaló las pretensiones de la demanda en un capítulo separado de los demás, no obstante lo cual, a lo largo de la misma indicó reiteradamente que pretende la nulidad del acto que declaró la elección de Mario Villamizar Villamizar como Alcalde de Guaca en las elecciones celebradas en ese municipio el 26 de octubre de 2003 y aunque señaló el 28 de noviembre como fecha en que la Comisión Escrutadora Municipal suscribió el acta que declaró la elección del demandado, y la fecha correcta es el 28 de octubre de 2003, citó correctamente en la demanda la fecha en que se desarrollaron las elecciones y aportó con la misma la copia auténtica del acto acusado, el cual tiene fecha de 28 de noviembre de 2003. Las breves consideraciones anteriores permiten sostener que la demanda cumple con las exigencias procesales de formular las pretensiones e identificar el acto acusado contenidas en los artículos 137 y 229 del C. C. A., lo cual permite decidir de fondo el proceso.

2. 2. El asunto de fondo.

El cargo formulado contra el acto que declaró la elección del demandado como Alcalde de Guaca para el periodo 2004 - 2007 es la violación del numeral 4° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, dado que el señor Raúl Villamizar Villamizar, quien es hermano del demandado, "ejerció autoridad" en ejercicio del cargo de Presidente del Concejo de Guaca hasta el 25 de abril de 2003, dentro de los doce meses anteriores a la elección del demandado como Alcalde municipal, periodo en el que ordenó gastos de la Corporación.

El numeral 4° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 es del siguiente tenor literal:

"ARTÍCULO 37. Inhabilidades para ser Alcalde. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

"ARTÍCULO 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, lasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio. (Negrillas y Subrayas de la Sala).

El supuesto de hecho de la norma transcrita contiene los siguientes elementos: 1). La existencia de un vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil entre el candidato o elegido y un funcionario; 2) El ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar por parte de éste último; 3) La coincidencia en el ámbito municipal del ejercicio de las formas anteriores de autoridad por parte del funcionario y la elección del alcalde y 4) El ejercicio de la autoridad dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección.

El demandado sostuvo que la inhabilidad examinada no se configuró porque, aunque Raúl Villamizar se desempeñó como Presidente del Concejo de Guaca dentro de los doce meses anteriores a la elección de su hermano como Alcalde, los Concejales no son funcionarios públicos y no ejercen autoridad política, administrativa, civil ni militar, ni siquiera cuando se desempeñan como Presidentes de la Corporación pues dicho cargo lo ejercen por ser concejales.

Antes de estudiar el acervo probatorio procederá la Sala a examinar si la expresión funcionario público contenida en el numeral 4° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 comprende a los concejales municipales y si las formas de autoridad de que trata la norma mencionada son susceptibles de ser ejercidas por los presidentes de los concejos en el desempeño de sus funciones.

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

2. 2.1. La Sala disiente de los criterios adoptados por la jurisprudencia anterior por varias razones, la primera de ellas porque asumir de modo general, infiriéndolo de algunos textos de normas legales, que solo son funcionarios públicos quienes tienen la condición de empleados públicos, desconoce la supremacía de la Constitución en aquellos casos en que ésta utiliza la primera expresión como sinónimo de servidores públicos o para referirse expresamente a los miembros de las corporaciones públicas, entre ellos a los concejales.

En efecto, la Constitución Política utiliza en el artículo 123 la expresión genérica "servidores públicos" para referirse a las personas que prestan sus servicios al Estado y comprende así a los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por

servicios y a los miembros de las corporaciones públicas. Dice así la norma:

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

Conforme a la norma transcrita, es claro que los concejales hacen parte de una categoría especial de servidores públicos que no tienen el carácter de empleados públicos ni de trabajadores del Estado.

Pero la Constitución no utiliza solo las categorías anteriores para referirse a quienes sirven al Estado o ejercen funciones en su nombre en las ramas y órganos del poder público, sino también la de "funcionario público", cuyo significado no es unívoco, puesto que en diversos artículos de la Constitución es utilizado como sinónimo de servidor público y en otros para referirse a los empleados y trabajadores del Estado o solo a los empleados, e incluso, en algunos artículos se utiliza con varios significados.

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

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

Si se asumiera, como se hace en la jurisprudencia que se comenta, que solo los empleados públicos son funcionarios públicos, ello implicaría que los congresistas no pueden ser nombrados o contratados por un empleado público, V.gr., un Gobernador pero sí por el Presidente de una Asamblea Departamental o de un Concejo Municipal; que la Cámara no puede citar a un diputado pese a que hace parte de la rama ejecutiva en el nivel territorial o a un trabajador oficial; que la Contraloría no está facultada para suspender a un trabajador oficial o al Presidente de una Asamblea o de un Concejo Municipal que hayan hecho mal uso de los recursos públicos; que la Procuraduría General de la Nación no tiene competencia para requerir información a los miembros de las corporaciones públicas ni a los trabajadores oficiales, ni destituirlos por la comisión de las faltas gravísimas de que trata el artículo 278 constitucional y que no podría emitir concepto en los procesos disciplinarios contra miembros del Congreso, pese a que tienen fuero especial.

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

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

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

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

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

La Corte Constitucional decidió mediante sentencia C-222 de 14 de abril de 1.999, expediente D-2197, la demanda de inconstitucionalidad contra la expresión "funcionarios", contenida en la norma anterior, bajo las consideraciones siguientes:

"..."

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

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

del orden municipal.

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, del hecho de que la Constitución Política manifieste en forma clara e inequívoca que los concejales municipales no son empleados públicos no se desprende que les pueda ser suprimidos ignorado su carácter de "funcionarios", término que utiliza la norma demandada en, el entendido de que alude a "servidores públicos", de lo cual sume con meridiana claridad que están sujetos a la vigilancia del Ministerio Público a cargo de la dependencia del mismo que la ley señale. (Negrillas y subrayas son de la Sala).

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

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

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

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

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

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

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

funcionarios a los miembros de las corporaciones de elección popular.

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

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

"..."

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

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

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

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

2.3. La expresión funcionario público contenida en causales de inhabilidad e incompatibilidad.

Las inhabilidades e incompatibilidades son regulaciones que restringen los derechos políticos en un sistema democrático, a fin de salvaguardar la igualdad de condiciones de quienes haciendo uso de esos mismos derechos pretendan acceder a la conformación, ejercicio y control del poder político. Están instituidas para asegurar la igualdad de trato de los ciudadanos frente al ejercicio de sus derechos políticos y constituyen la salvaguarda de la igualdad ante la ley,

Los textos de las normas que consagran la inhabilidad examinada en su redacción original y actual son del siguiente tenor literal:

ARTÍCULO 95. INHABILIDADES. No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:

"8. Tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil con funcionarios del respectivo municipio que dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección estuvieron ejerciendo autoridad civil, política, administrativa o militar."

ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000'. "No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

'4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio;"¹ (Negrillas y subrayas de la Sala)

Se advierte que el texto original de la Ley 136 de 1994 fue modificado en cuanto a extender a doce meses el término de la prohibición que anteriormente era de solo 3 meses; aparte de lo anterior, se constata una coincidencia en cuanto al sujeto y objeto de la misma, al tiempo que el funcionario, cuyo ejercicio de función pública inhabilita al candidato, actualmente puede estar vinculado a cualquier entidad pública y no solo al municipio donde se realiza la elección.

Como se analizó en precedencia, la expresión funcionario público es equivalente a la de servidor público tal como se desprende de la

- ARTÍCULO 37 de la Ley 617 de 2000 declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-837 de 9 de agosto de 2001. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería, "en relación con el cargo por violación del principio de unidad de materia".

conceptualización que de éstos hizo el artículo 123 de la Constitución Política, al definirlos como personas naturales al servicio del Estado y la comunidad que ejercen las funciones que les atribuyen [a Constitución, la ley y el reglamento; al calificar de funcionarios a todos los miembros de las corporaciones públicas en el artículo 260 y a los congresistas en particular en el artículo 235 refiriéndose expresamente a ellos, así como con el uso de la expresión funcionario público como equivalente a la de servidor público de los artículos 180, 208, 268, 277 y 278 ibídem. Esta

misma conceptualización se desprende de la sentencia C- 222 de 1999 cuyos apartes pertinentes ya fueron transcritos.

Así, la expresión funcionario público tiene un significado amplio que abarca a todas las personas que ejerzan funciones públicas, incluidas quienes se desempeñen como concejales.

2. 4. El ejercicio de autoridad política, civil y administrativa por parte de los concejales y del Presidente del Concejo.

Ha sostenido la Sección ², que la función administrativa de concejal y el desempeño de la presidencia del cabildo, no invisten a quienes la ejercen de autoridad civil o política ni de cargo de dirección administrativa, porque el concejal no es, por definición constitucional, empleado público sino un servidor público sujeto a las responsabilidades que la ley le atribuye, y porque los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, que definen la autoridad civil, política y dirección administrativa respectivamente, señalan quienes las ejercen a nivel municipal y resulta claro que el concejal no es titular de aquellas ni de esta; que tampoco está investido de ellas el Presidente del cabildo, por cuanto las funciones administrativas que desempeña en razón de esa dignidad, las ejerce a título de concejal y porque de no ser así se presentaría distinta situación inhabilitante para los concejales directivos del cabildo y los restantes miembros de esa corporación, pues si tuvieran aquellos la autoridad política o la dirección administrativa que les atribuyen los demandantes no serían reelegibles para el Concejo, por efecto de la inhabilidad consagrada en el artículo 43, numeral 2° de la Ley. 136 de 1994, en tanto que los demás cabildantes sí pueden ser reelegidos, lo que llevaría a que los concejales no aceptaran cargo alguno en la mesa directiva de la corporación en los seis meses anteriores a la nueva elección de cabildantes.

La Sala se apartará del criterio jurisprudencial expuesto, que coincide con el sostenido por la parte demandada, en lo que respecta al ejercicio de la autoridad civil y administrativa por las razones que a continuación se exponen.

Para determinar si los presidentes de los concejos ejercen las formas de autoridad referidas nos serviremos de las normas de la Ley 136 de 1994 que las definen y de los conceptos de aquellas elaborados por la jurisprudencia.

Sobre la autoridad política el artículo 189 de la Ley 136 de 1994, dispone:

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

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

Sobre la autoridad civil dispone el artículo 188 ibídem:

"Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

- 1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.*
- 2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.*
- 3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.*

Y sobre la dirección administrativa el artículo 190 ibídem establece:

"Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los Jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.

Para señalar quienes ejercen autoridad política, civil y dirección administrativa las normas anteriores apelan a los siguientes criterios: 1). La indicación de los servidores concretos que las ejercen; ii) La indicación de clases o tipos de servidores que las ejercen; iii). Las funciones concretas a cargo de los servidores anteriores; iv). La designación de tipos de funciones.

Los criterios expuestos no permiten un entendimiento fácil del sentido de las disposiciones transcritas y exigen una interpretación que permita entenderlas como normas internamente consistentes y coherentes con el resto del ordenamiento.

En ese orden, esta Corporación ha definido la autoridad política como la que atañe al manejo del Estado³ que a nivel nacional es ejercida por el Presidente de la República, los Ministros y los Directores de los Departamentos Administrativos que integran el Gobierno. También ejerce autoridad política el Congreso de la República.

La autoridad civil, a su vez, ha sido entendida como aquella que, en principio, no implica el ejercicio de autoridad militar y que, en determinados casos, puede concurrir con otras modalidades de autoridad, como la política y la administrativa ⁴

La autoridad civil, ha sostenido la jurisprudencia de la Sala, "consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que se ejerce sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas, por lo tanto, la determinación en cada caso concreto de si un servidor público ejerce o no autoridad civil, debe partir del análisis del contenido funcional que tenga su cargo y así se podrá establecer el tipo de poderes que ejerce y las sujeciones a las cuales quedan sometidos los particulares. Si dichas potestades revisten una naturaleza tal que su ejercicio permita tener influencia en el electorado, las mismas configuran la "autoridad civil" que reclama la Constitución para la estructuración de la causal de inhabilidad de que se tratan."⁵

La Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación sostuvo también que la autoridad administrativa corresponde a los poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad, inherentes al ejercicio de empleos públicos, sea que éstos correspondan a la administración nacional, departamental o municipal, los órganos electorales o de control.⁶

La autoridad administrativa es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal o de los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad.⁷

Se ha precisado igualmente, en la jurisprudencia de la Sección y de la Sala Plena, que quien ejerce funciones de dirección administrativa, definida en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, está investido de autoridad administrativa, sin perjuicio de reconocer que éste último concepto es más amplio porque comprende funciones no incluidas en las indicadas a título enunciativo en la norma citada."⁸

Y que la enunciación de cargos y funciones prevista en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994 no agota la lista de los que implican el ejercicio de autoridad administrativa, por lo que, para determinar si su ejercicio está acreditado en el proceso el fallador deberá recurrir a un análisis concreto de la ubicación del cargo en la estructura administrativa, de la naturaleza de las funciones atribuidas y del grado de autonomía del funcionario de que se trate en la toma de decisiones."⁹

Las definiciones anteriores, elaboradas por la jurisprudencia de la Corporación, tienen la particularidad de que utilizan expresiones genéricas para referirse a quienes ejercen las formas de autoridad señaladas, tales como "funcionarios", "servidores" "quienes desempeñan cargos". Estas definiciones atienden a un criterio material, relacionado con la clase de funciones que ejercen tales servidores, los medios de que pueden valerse para imponerlas a sus subalternos o a la sociedad y el grado de autonomía que tienen conferido para su ejercicio, más que a criterios formales tales como la denominación del cargo o la clasificación legal de los servidores.

Por lo tanto, está claro para la Sala que conforme a los criterios jurisprudenciales y legales expuestos, 'los presidentes de los concejos no son titulares de autoridad política porque no participan del gobierno municipal ya que en el ámbito focal el jefe de la administración municipal es el Alcalde, por expreso mandato del artículo 314 constitucional, en razón de lo cual es él quien detenta la autoridad política que se extiende a quienes hacen parte del gobierno del municipio.

Las funciones que señalan las normas anteriores como típicas de la autoridad civil y administrativa y que deben entenderse indicadas a título enunciativo y no como una declaración exhaustiva, corresponden a las así determinadas por la Jurisprudencia y efectivamente, no resulta difícil demostrar que los presidentes de los concejos tienen la competencia para ejercer algunas de ellas tales como contratar y ordenar gastos con cargo a las partidas del presupuesto municipal que pueden manejar autónomamente de conformidad con el artículo 51 de la Ley 179 de 1994 que dispone:

"ART. 51. B artículo 91 de la Ley 38 de 1989, quedará así:

"Los órganos que son una sección en el presupuesto general de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan fiarte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes".

"En la sección correspondiente a la rama legislativa estas capacidades se ejercerán en la forma arriba indicada y de manera independiente por el senado y la Cámara de Representantes; igualmente, en la sección correspondiente a la rama judicial serán ejercidas por la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

"En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las superintendencias, unidades administrativas especiales, las entidades territoriales, asambleas y concejos, las contralorías y personerías territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tenga personería jurídica..." (Negrillas y subrayas son de la Sala)

Es claro entonces que la competencia para contratar y ordenar los gastos, que la norma transcrita radica en "el jefe de cada órgano", corresponde a quien dirige, representa, o está a la cabeza de cada una de las dependencias o entidades a que se refiere la norma anterior y que en el caso del Concejo Municipal es su Presidente.

Así lo señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto de 11 de octubre de 1996, radicación No. 908, en los siguientes términos:

"...El Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto 111 de 1996, en su artículo 110, otorga al jefe de cada órgano, capacidad para contratar y comprometer a la persona jurídica de la cual haga parte, así como para ordenar el gasto respectivo con fundamento en las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección del presupuesto. Estas atribuciones son delegables en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces.

"El inciso 3° de la citada disposición extendió la capacidad para ejercer las citadas atribuciones a las asambleas y a los concejos, y en general a todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica". Su ejercicio debe ceñirse a las normas del Estatuto General de Contratación Administrativa y a las disposiciones legales vigentes.

"...Para los fines indicados en el artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, quien hace las veces de jefe del concejo o de la asamblea, es el presidente de la respectiva Corporación. Por lo tanto, estos servidores públicos son las personas legalmente competentes para contratar y comprometer a la corporación administrativa como parte de la entidad territorial a la que pertenezca, así como también para ordenar el gasto con el fin de atender las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección del presupuesto.

"Esta competencia le está asignada por la misma ley (art. 110 del decreto 111 de 1996); no requiere de reglamentación del concejo o de la asamblea; no obstante, su ejercicio puede reglamentarse por acto administrativo mediante el cual la entidad territorial ajuste las normas sobre programación, elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto a las normas previstas en la ley orgánica del mismo, a lo cual debe precederse a más tardar el 31 de diciembre de 1996 (art. 104 decreto 111 de 1996)..."

Y pueden también los presidentes de los concejos ejercer competencias relacionadas con la administración del personal que presta sus servicios como empleados de la corporación¹⁰ y en consecuencia disponen de facultad jurídica para nombrarlos, removerlos, concederles licencias y vacaciones y en tanto que nominadores, ejercer funciones disciplinarias conforme al artículo 67 de la Ley 734 de 2002.

La determinación del personal que tengan bajo su cargo y la capacidad de contratación que ejerzan realmente es una cuestión de hecho que depende de los recursos de que dispongan y las atribuciones que compartan en tales aspectos con las plenas de las corporaciones de que se trate, no de falta de competencias legales.

Pero si la jurisprudencia señala con toda claridad que las formas de autoridad examinadas pueden ser ejercidas por los servidores públicos, las normas anteriores se valen de términos distintos que exigen ser interpretados a fin de no darle a las mismas un sentido que contradiga los fines que persiguen y le haga perder coherencia con el resto del ordenamiento.

En efecto, el artículo 188 de la Ley 136 de 1994, luego de describir las atribuciones que entrañan el ejercicio de autoridad civil, requiere que las mismas sean asignadas a un empleado oficial, expresión que en el texto el artículo 1° del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 comprende a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.¹¹

Por otra parte, para definir quienes ejercen autoridad administrativa el artículo 190 ibídem., señala, en primer lugar, a algunos cargos, luego a distintas clases de funcionarios que las ejercen y finalmente el tipo de funciones que la constituyen. Así, entre los servidores titulares de dichas funciones menciona al alcalde, los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo, los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas y los jefes de las unidades administrativas especiales, todos los cuales tienen en nuestro ordenamiento el carácter de empleados

Si nos atenemos a la literalidad de las disposiciones anteriores es imperativo concluir que ejercen autoridad administrativa los empleados públicos y los trabajadores oficiales titulares de las atribuciones que señala el artículo 188 ibídem, pero no los presidentes de los concejos y asambleas aunque en realidad las ejerzan y les han sido legalmente atribuidas. De igual manera ejercen dirección administrativa los empleados públicos y los trabajadores oficiales que tengan a su cargo las funciones a que se refiere el artículo 190 ibídem, pero no los presidentes de los concejos y de las asambleas aunque las tengan legalmente atribuidas y en la realidad las ejerzan.

A su vez, dado que el artículo 190 de la Ley 136 de 1994 reconoce que ejercen autoridad administrativa quienes legal o reglamentariamente tienen facultades para investigar faltas disciplinarias, sin excluir a ninguna clase de servidores encargados legalmente del cumplimiento de dicha función y los presidentes de los concejos son nominadores y en tal condición están autorizados para investigar a los empleados de la Corporación por el artículo 67 de la Ley 734 de 2002, cabe concluir, en consecuencia, que por éste aspecto, también los presidentes de los concejos ejercen autoridad administrativa.

Como las normas que en la Ley 136 de 1994 definen la autoridad política, civil, administrativa y militar, fueron establecidas con el propósito expreso de "determinar las inhabilidades previstas en ésta ley" y las inhabilidades, como dejamos sentado en esta sentencia, tienen como finalidad asegurar condiciones de igualdad entre quienes aspiren a los destinos públicos, la interpretación que realiza el fin de la norma es la que reconoce que los artículos 188 a 191 examinados, cuando utilizan las expresiones "empleados oficiales", "funcionarios" y "quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para" aluden a cualquier servidor público que constitucional, legal o reglamentariamente tenga asignadas las funciones que caracterizan a la autoridad civil y administrativa.

Una interpretación tal coloca en pie de igualdad a las personas que, teniendo con los servidores anteriores los vínculos señalados en el numeral 2° del artículo 37 de la Ley 617, que subrogó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, cuándo éstos hayan ejercido autoridad política, civil,

administrativa o militar dentro del año anterior a las respectivas elecciones, aspiren a ser elegidos alcaldes.

Solo la interpretación que conduce a realizar el principio de igualdad para participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, impide que quienes hayan disfrutado de determinadas formas de poder del Estado puedan utilizarlo para crear condiciones injustificadas de ventaja frente a sus competidores ya que es claro que tanto los empleados, como los trabajadores oficiales o los miembros de corporaciones de elección popular pueden influir sobre el electorado a favor de sus cónyuges o parientes en la medida en que disponen de recursos de poder del Estado a que se refiere la causal examinada. Todo otro entendimiento de la causal resulta contrario a su teleología.

Así, la interpretación literal de las definiciones legales de autoridad examinadas genera una contradicción entre las mismas porque dicha normatividad, al tiempo que solo admite el ejercicio de autoridad civil por parte de los empleados oficiales, permite constatar que los presidentes de los concejos, quienes pertenecen a una categoría distinta, la de miembros de corporación de elección popular, cuando desempeñan el cargo de presidente de las mismas ejercen autoridad administrativa, una especie de autoridad civil, en la medida en que celebran contratos, ordenan gastos y ejercen control disciplinario sobre algunos empleados del Concejo.

2. 5. Las conclusiones registradas se encuentran corroboradas, en primer lugar, por la disposición del artículo 292 de la Carta Política, en cuanto prohíbe a los concejales, diputados y a sus parientes, en los grados que determine la ley, así como a sus cónyuges y compañera(o) s permanentes hacer parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del departamento o municipio o ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial. Este precepto es desarrollado por el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificada por el artículo 1 de la Ley 821 de 2003 que establece:

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

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

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

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

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

El alcance normativo de los preceptos transcritos permite concluir, sin lugar a duda, que si la Constitución y la ley prohíben la designación como funcionarios o miembros de juntas directivas de las entidades descentralizadas del municipio de los cónyuges o compañeros permanentes y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los concejales, con mayor razón se debe entender que también les está prohibido a aquellos ser elegidos alcaldes, en el caso de que el concejal cónyuge o compañera (o) permanente o pariente del candidato a alcalde haya ejercido la autoridad y competencias legales atribuidas a los presidentes de los concejos municipales, dentro del año anterior a la elección.

Se advierte, por otra parte, que de acuerdo con artículo 113 de la Ley 489 de 1989, los representantes legales de las entidades privadas o quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas, están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida. Esta prescripción legal ejemplifica el interés del legislador por impedir que, incluso los particulares, puedan utilizar en su beneficio el poder y la capacidad de influencia que les confiere el ejercicio de funciones administrativas para obtener ventajas frente a sus potenciales competidores por el acceso a cargos públicos. Si ello es así, mal podría justificarse el trato desigual entre servidores públicos.

2. 6. Finalmente, la Sala estima que carece de fundamento el argumento conforme al cual se presentaría distinta situación inhabilitante para los concejales directivos del cabildo y los restantes miembros de esa corporación, si tuvieran aquellos la autoridad política o la dirección administrativa, porque los primeros no serían reelegibles para el concejo por efecto de la inhabilidad consagrada en el artículo 43, numeral 2º de la Ley 136 de 1994 mientras que los demás concejales sí lo anterior, porque la norma mencionada fue modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, cuyo alcance normativo y concretamente la prohibición que establece está dirigida a los empleados públicos y por expreso mandato del artículo 312 constitucional los concejales no son empleados públicos.

De otra parte, la reelección en un cargo público es la regla general en una democracia participativa, y en el evento de que no esté prohibida por la Constitución solo podrá ser establecida de manera expresa y excepcional por la ley. Los criterios expuestos tienen fundamento en la

Sentencia C-1345/00, dictada por la Corte Constitucional el 4 de octubre de 2000 dentro del expediente D-2934, en la que dicha Corporación sostuvo lo siguiente:

"la jurisprudencia de esta Corporación, ha sido insistente en señalar que la regla general en una democracia participativa como la colombiana, es que basta la condición de ciudadano en ejercicio para intervenir en la conformación, desempeño y control del poder político, y en consecuencia para elegir y ser elegido, presupuesto que permite concluir que la prohibición de la reelección en un cargo público, cuando no está prevista expresamente en la Constitución, es competencia del legislador y es de carácter excepcional.

"La prohibición de la reelección se presenta como una técnica de control del poder que, excepcionalmente, la Constitución contempla respecto de ciertos cargos públicos ubicados en el vértice de algunos órganos de las ramas del poder público y que se explica, en cada caso, por las especiales funciones que se les adscribe y la trascendencia política o jurídica asociada a los mismos. Se advierte acerca de la excepcionalidad, pues, la regla general en una democracia participativa como es la Colombiana, postula la condición de ciudadano en ejercicio como requisito suficiente para intervenir en la conformación, desempeño y control del poder político y, en consecuencia, elegir y ser elegido (CP art. 40). (...) (Corte Constitucional, Sentencia C-267 de 1995, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

...Así las cosas, es claro que el acceso al desempeño de funciones públicas, una de las dimensiones del derecho de participación del que son titulares todos los colombianos, consagrado como fundamental en el artículo 40 de la C.P., en principio está supeditado únicamente a la condición de ciudadano, por eso, si bien el legislador esté habilitado en algunos casos para imponer restricciones, cuando lo haga las mismas deben ser excepcionales y acreditar un fundamento suficiente y razonable, pues ellas en ningún caso pueden afectar el núcleo esencial del derecho a la igualdad de las personas, cuya participación siempre deberá constituir objetivo prioritario del poder regulador.

Así lo ha señalado esta Corporación al analizar situaciones similares, en las que la prohibición de reelección para el desempeño de un cargo público no tiene origen constitucional, ha dicho la Corte:

"La Constitución, en determinados casos, señala expresamente los cargos públicos que excluyen toda posibilidad de reelección. (...) El Congreso no dispone de una facultad irrestricta e incondicionada para elevar a inhabilidad electoral cualquier hecho o condición al que estime conveniente dar ese tratamiento. Los derechos de participación política, configurados por la Carta, excepcionalmente pueden ser limitados, y a su turno, las restricciones válidamente introducidas por el legislador, esto es, teniendo competencia para el efecto, deberán interpretarse de manera que, en lo posible, se privilegie su ejercicio. La tarea legislativa de fijación de inhabilidades, cuando la Constitución la autoriza, no puede violar los derechos de igualdad y participación política, y, por ende, pierde todo asidero si se traduce en preceptos excesivos, innecesarios e Irrazonables. ..." (Corte Constitucional, Sentencia C- 267 de 1995, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) (Negrillas de la Sala.)

La Constitución no prohibió expresamente la reelección de los concejales municipales, tampoco la estableció el artículo 43, numeral 2° de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, y una interpretación de la norma legal mencionada orientada a establecer dicha prohibición es abiertamente inconstitucional, conforme a los criterios expuestos.

2. 7. Análisis del acervo probatorio.

Procederá la Sala a establecer si está probada en el proceso la declaración de la elección del demandado y la naturaleza de su relación con el Concejal Raúl Villamizar, así como la época en que éste se desempeñó como Presidente del Concejo Municipal de Guaca y las funciones que tuvo asignadas en tal condición.

Está probado, mediante copia auténtica del formulario E-6 AG, diligenciado el 5 de agosto de 2003, que el demandado fue inscrito como candidato a la Alcaldía de Guaca para el periodo 2004 - 2007 por el Partido Liberal Colombiano y que aceptó dicha candidatura (f.7).

También se probó, mediante copias auténticas del acta general de escrutinio y acta parcial de escrutinio de votos para Alcaldía suscritas el 28 de octubre de 2003 por la Comisión Escrutadora Municipal de Guaca que el demandado fue declarado elegido como Alcalde de esa localidad para el periodo 2004 - 2007 (fs. 1 a 3).

Se demostró igualmente, mediante los certificados de registro civil de nacimiento que obran a folios 4 y 5, aportados en original, que Mario Villamizar Villamizar y Raúl Villamizar Villamizar, son hijos de Jerónimo Villamizar y Rita Villamizar, por lo que descienden de un tronco común y, conforme a los artículos 35 y 37 del Código Civil, son parientes en segundo grado de consanguinidad.

Está acreditado que Raúl Villamizar Villamizar se posesionó como Presidente del Concejo de Guaca el 9 de enero de 2003, renunció al cargo el 25 de mayo de 2003, periodo dentro del cual ordenó gastos y siguió actuando como concejal hasta agosto de 2004, mediante los siguientes documentos, todos auténticos; a) Certificado de 24 de octubre de 2004, suscrito por el Presidente del Concejo Municipal de Guaca (f. 52) en el que indica que Raúl Villamizar Villamizar se posesionó como Presidente de esa corporación el 9 de enero de 2003 y que renunció el 25 de abril del mismo año (f.53); b), acta 001 de 9 de enero de 2003 en la que consta la posesión de Raúl Villamizar Villamizar (fs. 67 a 70); c), acta de la sesión del Concejo de Guaca de 2 de mayo de 2003 en la que consta que renunció el Presidente de la Corporación y que se convoca a sesión el 3 de mayo de 2003 para suplir la vacancia (fs. 64 y 65); d), oficio de 9 de agosto de 2004 suscrito por el Tesorero Municipal de Guaca en el que relacionó los honorarios pagados al señor Raúl Villamizar como Concejal de esa localidad desde el 6 de junio de 2001 hasta el 9 de agosto de 2003, incluidos los correspondientes a las sesiones del mes de agosto de 2003 (f. 66) y e), órdenes de pago suscritas por Raúl Villamizar Villamizar durante el periodo en que fue Presidente del Concejo de Guaca (fs. 71 a 92), remitidas con destino al proceso por el Tesorero del mismo Municipio, mediante oficio de 9 de agosto de 2004 (fs. 66 y 67).

Los conceptos rendidos por el Consejo Nacional Electoral y la Escuela Superior de Administración Pública aportados al proceso (fs. 24 a 32),

además de que no son auténticos, son irrelevantes para el proceso puesto que no obligan a los ciudadanos y tampoco a las autoridades, tal como se desprende del artículo 25 del C. C. A.

Los documentos anteriores demuestran que dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección del demandado como Alcalde de Guaca, su hermano Raúl Villamizar Villamizar se desempeñó como Presidente del Concejo del mismo Municipio, ejerciendo la función de ordenador de gastos, por lo cual se configuró la causal de inhabilidad para ser elegido señalada por el numeral 4° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 que subrogó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994. En consecuencia, el cargo prospera y habrá de revocarse la sentencia apelada y declararse la nulidad del acto acusado.

El demandante incurrió en el error de asimilar la causal de inhabilidad anterior con la falta de calidades para el ejercicio del cargo y por ello citó también como violado el numeral 5° del artículo 223 del C. C. A., que instituye la prohibición de computar votos a favor de candidatos que no reúnan las calidades constitucionales o legales para el ejercicio del cargo, como motivo de nulidad de las actas de escrutinio de las corporaciones electorales, norma que regula una situación de hecho distinta de la expuesta en la demanda.

Manifestó el demandante que una vez declarada la nulidad de la elección del demandado como Alcalde de Guaca el cargo debe ser ocupado por el candidato que le siguió en votos. El criterio anterior es incorrecto porqué, como lo tiene establecido la jurisprudencia de ésta Sección, "cuando, como consecuencia de la nulidad de un acto que declara una elección no procede la práctica de nuevos escrutinios porque el motivo de la nulidad es la acreditación dentro del proceso de una causal subjetiva - la falta de requisitos o calidades del elegido o causales de inhabilidad e inelegibilidad-, debe ordenarse la práctica de una nueva elección, a menos que la nulidad de que se trate recaiga sobre la elección de miembros de Corporaciones públicas y tenga origen en una de las causales referidas, caso en el cual se aplican los artículos 134 y 261 de la Constitución, que establecen que las faltas absolutas o temporales serán suplidas por candidatos que, según el orden de inscripción en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral.¹² Dado que en el sub-lite la causal que da lugar a la nulidad del acto acusado es de carácter subjetivo, se deberá celebrar una nueva elección.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA.

Primero. Revócase la sentencia apelada y en su lugar se declara la nulidad del acto administrativo contenido en el acta parcial de escrutinio de votos para Alcalde suscrita el 28 de octubre de 2003 por la Comisión Escrutadora Municipal de Guaca, Departamento de Santander, mediante el cual declaró elegido a Mario Villamizar Villamizar como Alcalde Municipal de esa localidad para el periodo 2004-2007.

Segundo. Cancélese la credencial que identifica al demandado como Alcalde Municipal de Guaca para el periodo 2004-2007.

Tercero. Comuníquese esta sentencia a la Registradora Nacional del Estado Civil y al Gobernador del Departamento de Santander.

Tercero. Una vez ejecutoriado este fallo devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

REINALDO CHAVARRO BURITICA

PRESIDENTE

MARIA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

SALVA VOTO

DARIO QUIÑONES PINILLA

SALVA VOTO

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

CONJUEZ

VIRGILIO ALMANZA OCAMPO

SECRETARIO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹ Artículo 95 modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, publicada en el Diario Oficial No. 44.188 de 9 de octubre de 2000.

² Sentencia proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 19 de enero de 1996, expediente 1490.

³ Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 5 de noviembre de 1991, Expediente 413, Consejero Ponente, Doctor Humberto Mora Osejo. Sentencia de la Sala Plena Contenciosa del 1° de febrero de 2000, consejero Ponente Doctor Ricardo Hoyos Duque, Expediente AC-7934.

⁴ Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 5 de noviembre de 1991, exp.413.

⁵ Sentencia del 1° de febrero de 2000 proferida por la Sala Plena Contenciosa citada.

⁶ Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de 5 de noviembre de 1991 radicación 413; Sentencia de 16 de septiembre de 2003 de la Sala Plena de la misma Corporación, expediente PI 0267.

⁷ Concepto citado de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 17 de mayo de 2002, expediente No. 2842; Sentencias de 21 de mayo de 2002 y de 20 de agosto de 2004, de Sala Plena y Sección 1ª respectivamente, expedientes PI 039 y 008.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª Sentencia de 5 de junio de 2003, expediente No. 3090.

¹⁰ La creación, supresión y fusión de los empleos de las plantas de personal de los concejos municipales, el señalamiento de sus funciones especiales y emolumentos no corresponde a los alcaldes, pues el artículo 315 constitucional y 91 de la Ley 136 de 1994 le limitan tales facultades a sus dependencias, sino a los mismos concejos, tal como lo reconoció la Sección 2ª, Subsección B de esta Corporación en sentencia de 1° de abril de 2004, exp. 5936-02. La administración del personal de dicha planta corresponde en principio al Presidente del Concejo.

¹¹ Ver sentencia de 29 de abril de 2005, expediente 3182, Ruth Stella Correa Vs. Gobernador del Tolima

¹² Sobre las consecuencias de la nulidad de actos administrativos que declaran elecciones o efectúan nombramientos tratan, entre otras, sentencias de esta Sección, la de 9 de noviembre de 2000, radicación 2723 y de 17 de mayo de 2005, radicación 3708.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:20:21