

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Régimen de inhabilidades e Incompatibilidades de los servidores estatales municipales (Concejales)

Por
Libardo Orlando Riascos Gómez
Doctor en Derecho
2008

CORTE CONSTITUCIONAL: Sentencia C-179/05, Marzo 1

TEMAS:

1. Las inhabilidades e incompatibilidades para el acceso al ejercicio de cargos públicos. Breve recuento jurisprudencial.
 - 1.1 *Las facultades legislativas para fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, concretamente respecto del cargo de concejal.*
 - 1.2 *Diferencia entre los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad.*
2. La diferencia de trato que se dispensa a los contratistas y empleados de las empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social, frente a quienes laboran o contratan con otras empresas que operen en el respectivo municipio.
3. La Corte decide Declarar **EXEQUIBLES** las expresiones “*empleados o contratistas*” y “*en el respectivo municipio*”, contenidas en el artículo 41 de la Ley 617 de 2000, que adicionó el artículo 45 de la Ley 136 de 1994.

Referencia: expediente D-5334

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 41 (parcial) de la Ley 617 de 2000 “*por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto nacional.*”

Demandante: Carlos Edward Osorio Aguiar.

Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D.C., primero (1º) de marzo de dos mil cinco (2005).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Carlos Edward Osorio Aguiar, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexequibilidad parcial de artículo 41 de la Ley 617 de 2000.

El Magistrado Sustanciador, mediante Auto del nueve (9) de agosto de 2.004, admitió la demanda, dispuso su fijación en lista, y simultáneamente corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. En la misma providencia, se ordenó comunicar la iniciación del proceso al Ministro del Interior y de Justicia, al Ministro de Protección Social, al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Contralor General de la República, al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, al Presidente de la Federación Nacional de Municipios, a los decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades del Rosario y Nacional, para que, si lo estimaran conveniente, se pronunciaran respecto de la exequibilidad o inexequibilidad de la norma acusada.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe el texto del artículo parcialmente acusado, conforme a su publicación en el Diario Oficial N° 44188, de Octubre 9 de 2000, y se resalta y subraya el aparte demandado.

“Ley 617 de 2000 (octubre 6)

“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 nacional.”

El Congreso de Colombia

Decreta

“...

Artículo 41. De las Incompatibilidades de los Concejales.

Adicionase el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, con los siguientes numerales:

“5°. Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.”

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

Considera el actor que la disposición acusada vulnera el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 13°, 25° y 40-1 de la Constitución Política.

2. Fundamentos de la demanda

De manera previa, señala el actor que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las incompatibilidades se orientan a evitar que la indebida acumulación de funciones o la confluencia de intereses afecten la imparcialidad y la independencia de quien ejerce la autoridad a nombre del Estado. Como quiera que, para ese propósito, las disposiciones que contengan una incompatibilidad limitan los derechos fundamentales, las mismas deben ser de interpretación restringida.

En su criterio, el legislador, por medio de las expresiones acusadas, consagró medidas carentes de razonabilidad y proporcionalidad que imponen limitaciones injustificadas al ejercicio de los derechos de igualdad, trabajo y participación política, entre otros.

2.1. En relación con el derecho a la igualdad, indica que toda incompatibilidad constituye una excepción al principio general de igualdad y, por consiguiente, debe interpretarse restrictivamente. Agrega que si bien, prohibir que un concejal se desempeñe como representante legal, miembro de junta o consejo directivo, auditor o revisor fiscal en empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio puede tenerse como un tratamiento diferencial que consulta la naturaleza propia de la incompatibilidad y, por consiguiente resulta razonable y proporcional, no puede decirse lo mismo cuando la prohibición se extiende, utilizando términos genéricos, a la posibilidad de que los concejales se desempeñen como empleados y contratistas de esas empresas, independientemente de la consideración de si existe o no una indebida acumulación de funciones o sumatoria de intereses poco conciliables que pueda afectar la imparcialidad de los servidores públicos.

Afirma que la inclusión de términos genéricos como “empleados o contratistas”, refiriéndose a quiénes a tal título se encuentren vinculados a empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio, desborda cualquier juicio racional y de proporcionalidad, porque incluye un universo de cargos o actividades potenciales desarrolladas por empleados o contratistas, que no necesariamente implican simultaneidad de funciones o conflictos de intereses.

Para el actor, lo que justifica la prohibición no es en sí mismo el objeto social de determinada empresa que presta funciones públicas, sino la injerencia que tengan ciertas personas en el desarrollo de ese objeto social. Para ilustrar lo anterior, señala que, de acuerdo con las disposiciones acusadas, mientras que, por ejemplo, para derivar los ingresos que requiere, un concejal podría vincularse como vigilante a una empresa cementera que tiene algunos campamentos en el perímetro urbano, no podría ejercer un cargo similar en una empresa que preste servicios públicos o de seguridad social en el respectivo municipio. Lo anterior implicaría no solo un tratamiento desigual sino una afectación del derecho al trabajo, sin que exista para ello una justificación razonable.

Concluye este acápite señalando que las normas acusadas no satisfacen los elementos del juicio de proporcionalidad, puesto que aunque responden a una finalidad sana, adoptan medidas desproporcionadas, en la medida en que, si bien en ciertos casos pueden contribuir al logro de los objetivos perseguidos, en los eventos en los que ello no ocurre así, se sacrifican derechos y principios sin razón alguna que lo amerite.

2.2. Para el demandante las expresiones acusadas vulneran el derecho al trabajo, porque, de manera injustificada, limitan sustancialmente las expectativas que puede tener un concejal de obtener un trabajo digno. Precisa que si bien la limitación puede resultar razonable tratándose de cargos directivos o de otros, como podrían ser los revisores fiscales, no lo es en relación con la mayoría de los empleos, respecto de los cuales no cabe predicar la existencia de una situación objetiva de incompatibilidad.

2.3. Así mismo, el demandante afirma que la incompatibilidad que se cuestiona en cabeza de los concejales para ser empleados o contratistas en términos generales de las multitudes empresas, además de atentarse contra los derechos a la igualdad y al trabajo, desconoce el derecho a ser elegido, pues constriñe o impone una carga muy pesada al pretense aspirante, cual es la de separarse del ejercicio de un determinado cargo, o renunciar a un contrato, aún cuando ello no tenga injerencia en decisiones que puedan comprometer en un momento dado la independencia del servidor público.

2.4. Finalmente, el accionante solicita que, en el evento en el que la Corte no accediese a declarar la inexecutable de la incompatibilidad demandada, se profiera un fallo de executable condicionada, en dos aspectos:

2.4.1. En primer lugar, que la incompatibilidad no se presenta cuando quiera que el empleado o contratista ejerza funciones u obligaciones distintas a las relacionadas con la administración de recursos, la asignación de subsidios o beneficios, o la determinación de políticas de impacto colectivo.

2.4.2. En segundo lugar, que como quiera que el hecho de que una empresa preste sus servicios en un municipio no siempre es relevante desde el punto de vista de la incompatibilidad, como sería el caso, por ejemplo, de una caja de compensación familiar que tiene una sede en un municipio distinto de aquellos en los cuales tiene sus afiliados, se declare que la incompatibilidad tampoco se presenta cuando la prestación de un determinado servicio en un municipio no tiene incidencia en la localidad.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio del Interior y de Justicia

El ciudadano Fernando Gómez Mejía, en representación del Ministerio del Interior y de Justicia, presentó escrito de intervención por medio del cual solicita a la Corte declarar la executable de la norma demandada.

Señala el interviniente que cuando la Constitución y la ley consagran determinadas incompatibilidades para ejercer ciertos cargos en la función pública, se persigue el respeto y la prevalencia de los intereses generales y la observancia de los principios que deben guiar la actuación de la administración en todos los órdenes, tales como la moralidad, la transparencia y la imparcialidad, que se verían comprometidos si se dejaran de consagrar determinadas y específicas limitaciones, como las que son materia de análisis.

Indica que, en este caso, el artículo 41 de la Ley 617 de 2000 con las incompatibilidades que señala tiende a minimizar la confluencia de intereses públicos y particulares en una persona, que puedan afectar su imparcialidad e independencia, imprescindible al momento de ejercer la dignidad de concejal municipal.

Señala que Ley 142 de 1994, en relación con la prestación de los servicios públicos domiciliarios, consagra en el artículo 5° que las competencias de los municipios en relación con la prestación de tales servicios se sujetarán a los reglamentos que para ello expidan los concejos municipales.

Así las cosas, son los concejos municipales las autoridades encargadas de fijar los parámetros y directrices en la prestación, inversión, costos, vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios en su respectivo municipio. Siendo ello así, tales atribuciones generan en cada concejal una gran capacidad de influencia y de poder de decisión en cuanto a cómo y quiénes deben encargarse de la prestación de los servicios públicos, facultades que en modo alguno deben confluir con los intereses particulares de quien de cualquier forma participe y se beneficie con la prestación de tales servicios.

Lo anterior significa que con la incompatibilidad establecida en el artículo 41 de la Ley 617 de 2000 el legislador evita que aquellas personas con atribuciones para regular la prestación de los servicios domiciliarios en un municipio, como son los concejales, hagan parte al mismo tiempo, en cualquier forma o nivel, de las empresas que prestan tales servicios y que por ende se benefician o perjudican de las determinaciones que ellos mismos adoptan. Es decir, la norma atacada previene la coexistencia de intereses generales (la adecuada prestación de los servicios públicos domiciliarios) con intereses particulares (los beneficios que reciben los trabajadores, y/o contratistas de la empresa que presta tales servicios) en una misma persona. Esto mismo se extiende y puede aplicarse para las empresas prestadoras de los servicios de seguridad social en los municipios.

En torno al cargo por la presunta violación al derecho a la igualdad, señala que el fin buscado por la norma al consagrar la incompatibilidad para los concejales de desempeñarse como empleados o contratistas de empresas que prestan servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio, es la de garantizar y preservar la imparcialidad, independencia y transparencia de quienes ejercen algún tipo de potestad o autoridad en nombre del Estado.

Así, resulta claro que las limitaciones debatidas en la presente demanda son necesarias y proporcionadas para el fin buscado, por lo cual se considera que no existe violación del derecho a la igualdad de quien aspire a ser elegido concejal. Así mismo, señala que al establecerse requisitos negativos previos a ser elegido y ocupar la dignidad de concejal no obstruyen los derechos al trabajo y a ser elegido; simplemente se señalan unas condiciones que debe cumplir el aspirante al cargo de concejal, las cuales van en concordancia con las atribuciones, competencias y responsabilidades que tal cargo detenta.

2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El ciudadano Germán Eduardo Quintero Rojas, en representación del Ministerio Hacienda y Crédito Público, presentó escrito de intervención por medio del cual solicita a la Corte declarar la exequibilidad de la norma demandada.

En relación con la presunta vulneración del derecho a la igualdad, indica que en el tema de la razonabilidad de una inhabilidad o incompatibilidad se requiere que se persiga un fin legítimo y que exista correspondencia entre el medio empleado y la finalidad.

Frente al primer aspecto, señala que el fin de la norma no es otro que el de dotar de herramientas eficaces y eficientes para conseguir, por un lado, la transparencia de la gestión municipal, y por el otro, asegurar que empresas tan sensibles para la comunidad -como aquellas que prestan servicios públicos y de seguridad social- se gobiernen únicamente bajo la premisa del interés general. De conformidad con lo anterior se cumple, entonces, la primera condición: legitimidad del fin.

En relación con el segundo aspecto: correspondencia del medio contemplado por el legislador y el fin que se persigue, señala el interviniente que también se cumple, pues salta a la vista que la intervención de una persona destacada de la sociedad, que cuente con un doble papel, cual es el de concejal y el de empleado de una empresa de servicios públicos o de seguridad social en su municipio, tiene a su disposición herramientas efectivas para conseguir un mayor favorecimiento popular, que aquellas con las que pueda contar otro ciudadano que aspire igualmente a esa dignidad.

Conforme a lo anterior, se considera que la incompatibilidad que consagra la norma acusada es una medida ajustada a las previsiones de la Constitución Política, toda vez que fue concebida en ejercicio de las competencias atribuidas al Congreso por la Carta, en ejercicio de su libertad de configuración y dentro del marco de la razonabilidad y proporcionalidad.

El legislador con la norma demandada ha querido evitar que las decisiones que eventualmente se tomen en los consejos municipales y que tengan que ver con las prestaciones referidas se vean afectadas por el doble interés (no necesariamente compatible) que pudiera asistirle a quien ostentara una doble calidad (representante de la comunidad, pero vinculado con una empresa de prestación de servicios o de seguridad social).

En este sentido, destaca el interviniente que no es afortunado predicar como lo hace el actor que la incompatibilidad debería restringirse a quien al interior de la empresa tiene “nivel de decisión”, pues lo que se busca es que las decisiones del concejo municipal se tomen con la mayor transparencia. Resulta claro que la decisión de esa corporación municipal puede beneficiar o perjudicar a toda una empresa, que no está compuesta sólo por su representante legal sino también por todos los que tienen algún vínculo con ella, en calidad de empleados o contratistas.

Concluye el punto, señalando que la violación de la igualdad material presentada por el demandante a través de la identificación de disímiles situaciones (quienes tienen poder de decisión la interior de la empresa y quienes no lo tienen) debe ser desvirtuada porque lo evidente es que las decisiones de los concejos municipales frente a la prestación de servicios públicos y de seguridad social sí pueden afectar indistintamente a todos los que tienen que ver con tales prestaciones.

En torno a la presunta violación del derecho al trabajo, señala el interviniente que, con la prohibición contenida en la Ley 617 de 2000, se protege un bien jurídico como el que quedó expuesto, y se proscriben conductas que pueden ser atentatorias de derechos como la igualdad, la prevalencia del interés general, etc.

Adicionalmente, señala que cualquier tipo de incompatibilidad en el ejercicio de funciones públicas establecida por el legislador o por el propio Constituyente redonda precisamente en la limitación de cierta clase de derechos. Así, indica que “predicar por esta vía una inconstitucionalidad por tal razón es tanto como negar algo consubstancial a la categoría jurídica de la incompatibilidad.”

En relación con el cargo según el cual la norma demandada vulnera el derecho a ser elegido, el interviniente señala que disiente del actor, por cuanto corresponde a cada persona, en su fuero interno, decidir si declina a sus labores como funcionario o contratista, a favor de su aspiración como concejal del municipio, o si continúa laborando en la empresa de servicios públicos o de seguridad social.

Advierte que la decisión de una persona de presentarse al escrutinio público en aras de lograr una curul en el cabildo de su municipalidad representa una gran responsabilidad, quedando entonces el ciudadano en libertad de escoger entre su trabajo cotidiano o la responsabilidad que implica la representación de los intereses de sus conciudadanos.

3. Intervención de la Universidad del Rosario.

El ciudadano Manuel Fernando Quinche Ramírez, actuando en representación de la Universidad del Rosario, intervino en el presente proceso con el fin de exponer las razones por las cuales considera que se debe declarar exequible la norma demandada.

Para el interviniente la norma acusada no vulnera el derecho a la igualdad. Señala, en primer lugar, que examinada la medida adoptada por el legislador, en el sentido de extender la incompatibilidad a los empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de la seguridad social en el mismo municipio, se aprecia que ella busca un objetivo constitucionalmente válido como es el de lograr que el ejercicio de la representación que ejercen los miembros del concejo se lleve a cabo dentro de los mayores márgenes de moralidad pública y administrativa. En segundo lugar, indica que el medio utilizado por el legislador es el adecuado, pues el legislador ha entendido que la calidad de contratista y de empleado en el mismo municipio resulta incompatible con la de concejal, en la medida en que el amplio espectro de las actuaciones de uno y otro pueden cruzarse y generar tensiones en las que el ejercicio de la función pública termine afectado.

Finalmente, señala que la medida es proporcional en estricto sentido, en tanto no sacrifica ningún bien o interés de igual o mayor entidad constitucional.

En relación con la presunta vulneración del derecho a la participación en el ejercicio y control del poder político, indica el interviniente que en el presente caso no aparece vulneración alguna, pues el régimen de incompatibilidades es congruente con el ejercicio de las diversas funciones públicas, en todas las escalas del servicio.

Indica que no constituye una carga adicional el que la norma demandada consagre la incompatibilidad entre el servicio como contratista o como empleado y el servicio de concejal, sino que, por el contrario, es la concreción de una regla de juego a la que habrán de someterse todos aquellos que postulen su nombre al electorado.

En torno a la presunta vulneración del derecho al trabajo, señala el interviniente que en el presente asunto no se presenta, en primer lugar porque el ejercicio de la función representativa no es gratuito en el sistema colombiano; por el contrario en todos los niveles existe una escala de remuneración para los miembros de las corporaciones públicas, y en segundo lugar por cuanto el régimen de incompatibilidades en el caso de los concejales no es del todo rígido. Indica, por ejemplo, que no se señalan como causales de incompatibilidad la totalidad de las actividades que mediadas bajo el concepto de trabajo pudiese desarrollar cualquier persona elegida como concejal. Por el contrario, lo que el legislador erige como incompatibilidad es toda aquella actividad que genere conflictos de intereses en el concejal.

Advierte que en el caso de los servicios públicos domiciliarios, que de acuerdo con la Constitución Política pueden ser prestados directamente por los municipios, resultan afectados si quien toma las decisiones -concejal- es a su vez funcionario de la entidad que presta el servicio, presentándose entonces un conflicto directo.

4. Intervención de la Federación Colombiana de Municipios.

El ciudadano Gilberto Toro Giraldo, actuando en representación de la Federación Colombiana de Municipios, intervino en el presente proceso con el fin de exponer las razones por las cuales considera que se debe declarar inexecutable la norma demandada.

Indica el interviniente que, aún cuando la Ley 80 de 1993 no define lo que ha de entenderse por "contratista", cuando emplea el término se refiere a la parte distinta de la entidad contratante. Así mismo, el Consejo de Estado ha entendido por contratista a quien ocupa el otro extremo del contrato, es decir quien es contraparte de la entidad estatal. En esta medida, ha de entenderse por tal a quien celebre cualquier tipo de contrato, sin consideración a su cuantía, con una empresa de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social, como lo indica en este caso la norma demandada.

Lo anterior, a juicio de la Federación, es un mayúsculo despropósito, sobre todo si se tiene en cuenta que los concejales, pese a ser servidores públicos, no son empleados estatales, ni el ejercicio de su investidura les reporta ingresos permanentes como para dedicarse sólo a esta actividad.

En conclusión, el interviniente solicita que se limite la expresión demandada a aquellos casos en que el contratista o empleado de la empresa de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social pudiesen tener capacidad de decisión, administración de recursos, o asignación de beneficios.

5. Intervención del Ministerio de la Protección Social.

El ciudadano Edgar Enrique Bernal Pulido, actuando en representación del Ministerio de la Protección Social, intervino en el presente proceso con el fin de exponer las razones por las cuales considera que se debe declarar exequible la norma demandada.

En primer lugar, señala el interviniente que el análisis de constitucionalidad de la norma demandada no puede realizarse aisladamente, por cuanto ésta se enmarca dentro de un sistema que se fundamenta, entre otros, en los principios de equidad y solidaridad social, que inspiraron al legislador al expedir el artículo 41 de la Ley 617 de 2000, que adicionó el artículo 45 de la Ley 136 de 1994 con el propósito de lograr mayor eficiencia e imparcialidad en la gestión pública y administrativa, lo cual redundaría en beneficios para la comunidad, y en la obligación de sus gobernantes de realizar la transparencia.

Señala que la incompatibilidad de que trata la norma demandada no constituye una vulneración al derecho al trabajo, toda vez que el legislador no prohibió en sí mismo el ejercicio de otras actividades laborales, sino que en desarrollo de los principios que orientan la administración pública consagrados en el artículo 209 superior, consagró dicha medida con el fin de salvaguardar la moralidad pública y el interés general.

En relación con la presunta vulneración del artículo 1° de la Constitución Política por parte de la norma acusada, indica que por el contrario ésta desarrolla los principios de eficiencia, transparencia y equidad. La norma demandada en armonía con los demás preceptos e instrumentos establecidos en la Ley 617 de 2000, se orienta a procurar la imparcialidad de quienes deben tomar decisiones que afectan el interés general de los administrados, a la prevalencia de éste frente a los intereses de las entidades públicas en las cuales actúan como sus representantes legales, y garantizar la total independencia en la toma de decisiones.

En lo que atañe a la presunta violación del derecho a la igualdad, indica el interviniente que la norma aludida establece una diferenciación que resulta ser objetiva y razonable, razón por la cual no puede predicarse en este caso una violación del artículo 13 Superior.

6. Intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

La ciudadana Sandra Ramos Polanco, actuando en representación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, presentó escrito de intervención solicitando que se declare exequible la norma demandada.

Indica que la condición de servidor público le da a la persona que ejerce la función una gran capacidad de influencia sobre quienes manejan dineros públicos o deciden asuntos de Estado, con lo cual se podría generar un conflicto de intereses entre dichos servidores y la Administración, perjudicando el interés general y los principios que regulan la función pública. Así, para la interviniente, el objetivo de estas disposiciones resulta claro, en cuanto que tratan de impedir que se mezcle el interés privado con el interés público, y evitar que los servidores puedan valerse de su influencia, para obtener cualquier provecho en nombre propio o ajeno.

Ahora bien, esta necesidad de preservar los principios de la función pública, en armonía con la facultad del legislador de fijar condiciones razonables para el desempeño de la función pública, hacen justificable la incompatibilidad, en especial tratándose de las empresas prestadoras de servicios públicos, cuya gestión empresarial precisamente debe estar protegida de cualquier injerencia política y partidista en aras de que prevalezca el interés general sobre el particular, fortaleciendo la prestación del servicio público, el cual debe prestarse bajo la aplicación de criterios gerenciales y empresariales.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En el concepto de rigor, el representante del Ministerio Público solicita a la Corte que declare la exequibilidad del artículo demandado.

Para la Vista Fiscal, la justificación objetiva y razonable de los apartes demandados es proteger a la administración pública de incidencias que pueda tener la administración en el manejo de los recursos públicos en el respectivo municipio, evitar la indebida acumulación de funciones, proteger el derecho a la igualdad respecto de las personas que no tienen igual facilidad para acceder a cargos públicos de elección popular y a contratos administrativos, proteger la moralidad pública, el respeto de los principios que gobiernan la función administrativa y de los mandatos constitucionales, entre otros.

Indica que los apartes demandados resultan acordes con la Constitución, en la finalidad en que el precepto que contienen persigue resguardar a los administrados de los abusos de poder que pudieren provenir de las facultades que posee el administrador en razón del cargo público que ocupa. Ello precisamente, para que no se infrinja el derecho a la igualdad y los servidores públicos actúen conforme al mandato constitucional y la ley. Así, dicha prohibición debe ser para todo contratista y empleado de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el municipio.

Señala que es debido a la relación que existe entre la prestación de los servicios públicos del municipio y el beneficio económico que pueda obtener el concejal del respectivo municipio como servidor público, que la ley quiere regular el posible conflicto de intereses, precisamente mediante los apartes de la norma acusada.

Para el Jefe del Ministerio Público, como la transformación de las entidades descentralizadas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en empresas industriales y comerciales del Estado o en sociedades por acciones es realizada por los concejos o asambleas a iniciativa de los respectivos alcaldes o gobernadores, no sería garantista para el interés general que las personas que realicen dicha labor sean los mismos empleados o contratistas de las empresas que presten tales servicios. Esto demuestra que, al eliminar la norma del ordenamiento jurídico, podría verse empañada la libre contratación de los servicios públicos, y afectar los principios que gobiernan la función y la contratación administrativa.

Señala que el régimen de incompatibilidades establecido para los empleados o contratistas de empresas que presten servicios domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio no impide que el individuo seleccione, entre, prestar el servicio del municipio mediante el cargo público de concejal, o servir a la comunidad del respectivo municipio en calidad de empleado o contratista de empresas que presta servicios públicos domiciliarios o de seguridad social.

Destaca que la participación en uno o en otro como derecho-deber (artículos 2 y 95 superiores) abre posibilidades para que los ciudadanos contribuyan al eficiente cumplimiento de tareas públicas y participen en la vigilancia de la gestión pública, en corresponsabilidad y cooperación entre el Estado y los particulares. Recuerda que, conforme a la Carta, “la ley señalará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas” (artículo 123 superior) y los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

Si la persona prefiere ser contratista o empleado de las empresas de servicio público de que trata la norma examinada, no sólo se vincula al cumplimiento de obligaciones normales y ordinarias de todo contrato, sino también, y de manera especial, al funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, se somete a un régimen de prerrogativas exorbitancias y de poderes unilaterales de que goza la Administración para imponerse en la relación negocial, al control de los litigios que se susciten en esta materia, sometida a la jurisdicción contenciosa administrativa que implica de por sí una desigualdad a favor del interés general.

Considera que las personas tienen derecho a escoger su profesión u oficio, pero el ejercicio de las que seleccionen implica el sometimiento a una serie de reglas y principios que conlleva el cargo; así mismo, sus conductas pueden configurarse en faltas sancionables cuando las prohíbe la ley. El Estado puede regular el ejercicio de las profesiones. No hay duda, indica, que en virtud de las funciones que competen a los concejales, la Constitución le da facultades al legislador para que establezca un régimen especial normativo para el desempeño del cargo, en aras de que presten un buen servicio público y en protección del interés general.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, en virtud del artículo 241 numeral 4 de la Carta, ya que la disposición acusada hace parte de una Ley de la República.

2. Ausencia de cosa juzgada

Tal como se pone de presente por el actor, la norma demandada fue objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional en la Sentencia C-837 de 2001 en la cual se decidió: “**Primero:** Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 10, 11, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, incluido el título de la ley 617 de 2000, en relación con el cargo por violación del principio de unidad de materia.”

Como quiera que la Corte limitó el alcance de la cosa juzgada a los cargos por violación del principio de unidad de materia, y en la presente oportunidad la demanda parte de consideraciones distintas, en relación con las mismas no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

3. El asunto bajo revisión

La disposición demandada establece una incompatibilidad para los concejales, conforme a la cual no podrán ser empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.

Las incompatibilidades comportan “... una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado.”¹

A partir de la anterior definición jurisprudencial, el accionante, con la coadyuvancia de la Federación Colombiana de Municipios, estima que esa prohibición viola la igualdad, el derecho de participación política, y el derecho al trabajo, puesto que establece una limitación irrazonable y desproporcionada. En relación con la igualdad, señala, esa ausencia de razonabilidad y proporcionalidad se aprecia desde un doble punto de vista, puesto que, por un lado, la restricción se predica exclusivamente de los contratistas y empleados de las empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social, al paso que quienes laboren o contraten con otras empresas que operen en el respectivo municipio no se verían afectados por la incompatibilidad. Por otro lado, agrega, resulta desproporcionado que la incompatibilidad se establezca indiscriminadamente, de manera que comprenda cargos o empleos que no tienen injerencia en el manejo de las empresas. La desproporción en la incompatibilidad, a su vez, expresa, se traduce en una vulneración del derecho al trabajo, puesto que si bien es cierto que la limitación de este derecho que provenga de una

¹ Sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz

incompatibilidad razonable y proporcionada se aviene a la Constitución, en la medida en que realiza valores constitucionales de moralidad, eficiencia y eficacia administrativa, cuando, por el contrario, la incompatibilidad no es razonable, su establecimiento constituye una limitación del derecho al trabajo contraria a la Constitución. Por las mismas consideraciones, sostiene finalmente, los términos amplios y generales en los que está concebida la incompatibilidad son contrarios al derecho de toda persona de ser elegida como concejal, puesto que para quienes tengan un contrato o trabajen con una de las empresas incluidas en la norma, sin importar el grado de injerencia que puedan tener en asuntos que pudiesen comprometer la independencia del servidor público, esa incompatibilidad le significaría apartarse del cargo o renunciar al contrato, lo cual implica un sacrificio muy alto sin una razón que lo justifique.

Por el contrario, según los intervinientes y la Vista Fiscal, la norma no es contraria a la Constitución, por cuanto es un desarrollo de la amplia facultad que tiene el Legislador para regular el régimen de incompatibilidades de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales (CP art. 293). Coinciden en señalar que la incompatibilidad acusada establece una restricción objetivamente justificable de los derechos a la igualdad, al trabajo y a ser elegido, en aras de proteger los principios de la función administrativa orientados al interés general, como son los de moralidad, igualdad e imparcialidad (C.P. art 209). En su criterio, las empresas en relación con las cuales opera la incompatibilidad, particularmente las de servicios públicos domiciliarios, desarrollan un objeto que está en íntima conexión con las funciones que deben desarrollar los concejales, razón por lo cual la restricción establecida en la norma, aún cuando se predique de empleos o contratos que no comporten capacidad decisoria en la respectiva empresa, está plenamente justificada a la luz de la Constitución. Adicionalmente, quien interviene por el Ministerio de Hacienda señala que, de acuerdo con la exposición de motivos del correspondiente proyecto de ley, la incompatibilidad se explicaría en el propósito de impedir que se utilicen con fines electorales los empleos o contratos con las empresas de servicios públicos o de seguridad social.

De los anteriores planteamientos es posible derivar los siguientes problemas jurídicos: (i) si el principio de igualdad resulta vulnerado por la consagración de una incompatibilidad que se predique exclusivamente de los empleados y contratistas de las empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social en el respectivo municipio; (ii) si es constitucionalmente admisible que la incompatibilidad se predique, de manera general, de todo empleo o contrato con dichas empresas, sin diferenciar en razón del nivel decisorio en el que los mismos se desenvuelvan, y (iii) si los términos en los que esta concebida la incompatibilidad desconocen los derechos de participación política y al trabajo.

4. Las inhabilidades e incompatibilidades para el acceso al ejercicio de cargos públicos. Breve recuento jurisprudencial.

4.1 Las facultades legislativas para fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, concretamente respecto del cargo de concejal.

Según lo prescrito por el artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa está al servicio de los intereses generales, para lo cual debe desarrollarse con fundamento en los principios de moralidad e imparcialidad, entre otros. Para hacer efectivos estos principios, la propia Constitución prevé una serie de inhabilidades e incompatibilidades de rango constitucional², y además pone en manos del legislador el diseñar el régimen de los servidores públicos que se encuentran al servicio del Estado. En efecto, al respecto el artículo 123 superior señala que *“(l)os servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.”*

² Entre las inhabilidades e incompatibilidades que la misma constitución prevé, se encuentran, entre otras, las relativas a los congresistas (C.P arts. 179, 180 y 181) y otras que se refieren en general a los servidores públicos (C.P. arts. 127 y 128).

Ahora bien, respecto de los funcionarios de elección popular de las entidades territoriales, las normas superiores de manera concreta autorizan al Congreso de la República para establecer prohibiciones, inhabilidades e impedimentos aplicables a los ciudadanos que aspiren o sean elegidos. En efecto, al respecto el artículo 293 de la Carta prescribe lo siguiente:

“ARTICULO 293. Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones.”(Destaca la Corte)

Adicionalmente, la Carta se refiere de manera concreta a la facultad del legislador de regular de las causales de inhabilidad e incompatibilidad de quienes acceden al cargo de concejal. Al respecto el canon 312 de la Carta prescribe:

“ARTICULO 312. En cada municipio habrá una corporación administrativa elegida popularmente para períodos de tres años que se denominará concejo municipal, integrada por no menos de siete, ni más de veintiún miembros según lo determine la ley, de acuerdo con la población respectiva.

“La ley determinará las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos.” (Destaca la Corte)

Con base en esta prerrogativa atribuida por la Carta al legislador, reiteradamente la Corte ha señalado que el Congreso de la República goza de una amplia libertad de configuración legislativa a la hora de definir las calidades y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los funcionarios de elección popular de las entidades territoriales, entre ellos los concejales.³ Ha agregado que se trata de una competencia que *“no opera con criterio unívoco sino que, por el contrario, la misma debe estar precedida de consideraciones particulares atinentes a la naturaleza propia de cada uno de los casos, situaciones o actos que son materia de regulación jurídica.”*⁴ Es decir, la jurisprudencia ha considerado que *“las prohibiciones deben ser definidas de conformidad con el cargo de que se trate, la condición reconocida al servidor público, las atribuciones y competencias que le hayan sido asignadas y sus respectivas responsabilidades”*.⁵

Ahora bien, no obstante la amplitud de esta competencia legislativa que, como se aprecia, debe ejercerse atendiendo a las especificidades del cargo de concejal, la jurisprudencia también ha sido enfática en señalar que el diseño de las inhabilidades e incompatibilidades no puede modificar los límites fijados directamente por el constituyente al respecto, y en todo caso debe respetar parámetros de razonabilidad, y subordinarse a los valores y principios constitucionales; en especial debe respetar el derecho a la igualdad, el derecho al trabajo, la libertad de escoger profesión y oficio, y el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. Ha agregado que la regulación legal de tales inhabilidades e incompatibilidades sólo respeta la Carta si tiene como

³ Sobre este asunto se ha pronunciado uniformemente, entre otras, en las sentencias C-194, C-231, C-329 y C-373 de 1995, C-151 y C-618 de 1997, C-483 de 1998, C-209 y C-1412 de 2000, C-952 de 2001, C-311 de 2004, etc.

⁴ Sentencia C-209 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

⁵ Ibidem

finalidad asegurar la transparencia, moralidad, imparcialidad y eficiencia en el ejercicio de la función pública. Al respecto, por ejemplo, se han vertido las siguientes consideraciones:

“Cabe resaltar, de otra parte, que la Corte ha hecho particular énfasis en que el ejercicio de la potestad de configuración por el Legislador para determinar causales de inhabilidad e incompatibilidad o para regular su alcance cuando a ello está facultado, no puede ser irrazonable ni desproporcionado⁶:

Al respecto ha dicho la Corte:

“El legislador, como ya se expresó, goza de autorización constitucional para establecer causales de inhabilidad e incompatibilidad en cuanto al ejercicio de cargos públicos, y al hacerlo, en tanto no contradiga lo dispuesto por la Carta Política y plasme reglas razonables y proporcionales, le es posible introducir o crear los motivos que las configuren, según su propia verificación acerca de experiencias anteriores y su evaluación sobre lo que más convenga con el objeto de garantizar la transparencia del acceso a la función pública, de las sanas costumbres en el seno de la sociedad y de la separación entre el interés público y el privado de los servidores estatales, sin que necesariamente los fenómenos que decida consagrar en la calidad dicha tengan que estar explícitamente contemplados en el texto de la Constitución. Exigirlo así significaría quitar a la ley toda iniciativa en materias que son propias de su papel en el plano de la conformación del orden jurídico, despojando de contenido la función legislativa misma.”⁷

“Y en pronunciamiento posterior, manifestó:

“La doctrina constitucional contenida en múltiples fallos de esta Corporación (sentencias C-537 de 1993; C-320 de 1994; C-373 de 1995; C-367 de 1996, C-509, C-618 de 1997. C- 068 y C-147 de 1998, entre otras), ha señalado que las inhabilidades como excepción y restricción que el Constituyente y el legislador pueden fijar al derecho político que le asiste a toda persona de acceder y desempeñar, en condiciones de igualdad, funciones o cargos públicos (artículos 13 y 40 de la Constitución), deben ser razonadas y proporcionales. Razonabilidad y proporcionalidad, que tiene como punto de referencia, la prevalencia de los principios que rigen la función administrativa (artículo 209 de la Constitución).

“Así, ha de entenderse que una causal de inhabilidad está acorde con los postulados de la Constitución, cuando la misma tiene por objeto otorgar la mayor transparencia, moralidad, igualdad, eficacia y eficiencia a la función pública. Sólo cuando estos principios resulten satisfechos, será admisible la limitación del derecho de los diversos ciudadanos que, pese a poseer la idoneidad para desempeñar un cargo o función pública determinada, no puedan acceder, en razón a la concurrencia en él de circunstancias que hacen presumir que el desempeño de la función pública correspondiente, podrá objetivamente verse afectada por éstas.

“Por tanto, la facultad que se reconoce al órgano legislativo para determinar causales de inhabilidad diversas a las que expresamente ha

⁶ Vid. Sentencias C-194 de 1995 y C-617 y C-618 de 1997.

⁷ Sent. C-617/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

fijado el Constituyente, han de ser interpretadas en forma restrictiva (sentencias C-320 de 1994 y C-147 de 1998, entre otras), en el sentido de dar prevalencia a los derechos a la igualdad y al acceso a funciones y cargos públicos. No significa lo anterior, el desconocimiento de la facultad discrecional que, en esta materia, se le reconoce al legislador (sentencias C-367 de 1996, C-509 de 1997, entre otras), dado que si bien corresponde a él señalar causales de inhabilidad diversas a las establecidas por el Constituyente, cuando ello se considere conveniente para el desempeño probo de la función pública, esa competencia tiene un límite objetivo: el no desconocimiento de los mencionados derechos.^{8,9}

Conforme con el anterior recuento, puede concluirse, para lo que interesa al presente asunto, que la Constitución Política delega directamente en el legislador la competencia para determinar las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales; que la jurisprudencia ha reconocido que esta atribución le concede al Congreso un amplio margen de configuración legislativa en el señalamiento de los motivos constitutivos de incompatibilidad o inhabilidad, los cuales pueden ser específicos para el cargo; pero que, no obstante lo anterior, la competencia legislativa se encuentra restringida por la finalidad que persigue –lograr la moralidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de la gestión de los concejales-, y por el respeto a los principios y valores constitucionales, entre ellos los derechos fundamentales implicados, como lo son el derecho a la igualdad, al trabajo, al acceso a los cargos de elección popular y al ejercicio de la función pública, así como por los criterios de razonabilidad y de proporcionalidad.

4.2 Diferencia entre los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad.

Resulta oportuno, para la decisión del problema jurídico que plantea la demanda, tener en cuenta la diferencia conceptual entre las nociones de inhabilidad e incompatibilidad, y las consecuencias jurídicas que de esta distinción provienen:

La diferencia entre estos dos conceptos ha sido explicada por la Corte así:

*De conformidad con la jurisprudencia constitucional, las inhabilidades son “aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público y, en ciertos casos, impiden que la persona que ya viene vinculada al servicio público continúe en él; y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos.”¹⁰ Las inhabilidades también han sido definidas por la Corte como “inelegibilidades”, es decir, como “hechos o circunstancias antecedentes, predicables de quien aspira a un empleo que, si se configuran en su caso en los términos de la respectiva norma, lo excluyen previamente y le impiden ser elegido o nombrado.”¹¹ En esa medida, las **inhabilidades** se distinguen de las **incompatibilidades**, por cuanto estas últimas implican “una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo*

⁸ Sentencia C-1372/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

⁹ Sentencia C-311 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

¹⁰ Sentencia C-558 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹¹ Sentencia 483 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández.

*caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado*¹². Si bien las inhabilidades y las incompatibilidades son especies de un mismo género, es decir, son ambos tipos distintos de prohibiciones, se trata de dos categorías que no son equiparables. La diferencia entre una y otra, a pesar de compartir dicho propósito común, fue expuesta con claridad en la sentencia C-564 de 1997¹³: “...con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que aseguren la gestión de dichos intereses con arreglo a los criterios de igualdad, eficiencia, moralidad e imparcialidad que informan el buen servicio y antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad. // Igualmente, como garantía del recto ejercicio de la función pública se prevén incompatibilidades para los servidores públicos, que buscan, por razones de eficiencia y moralidad administrativa que no se acumulen funciones, actividades, facultades o cargos.”¹⁴

Visto el anterior recuento jurisprudencial, que sirve para guiar la decisión que haya de tomarse en el presente asunto, pasa la Corte a ocuparse de la prohibición contenida en la norma acusada, para establecer si ella consagra una inhabilidad o una incompatibilidad que respeten los parámetros constitucionales.

5. Estudio de la norma acusada y de los cargos formulados contra ella.

5.1 Conforme a la norma acusada, esto es el artículo 41 de la Ley 617 de 2000, los concejales no podrán “*ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.*” La demanda se dirige concretamente contra las expresiones subrayadas, es decir, lo que el actor juzga contrario a la Constitución es la prohibición de que quienes resultan ser elegidos concejales, se desempeñen simultáneamente como empleados de empresas de seguridad social o que presten servicios públicos domiciliarios en el municipio, o que contraen con tales empresas.

La anterior prohibición se erige en una incompatibilidad, no sólo porque el tenor mismo de la ley así lo señala¹⁵, sino también porque su esencia consiste en impedir la acumulación de funciones en cabeza de una misma persona, es decir el ejercicio simultáneo de dos actividades que el legislador estima que pueden poner a quien las lleva a cabo en situación de conflicto de intereses. Se trata, efectivamente, de una prohibición dirigida exclusivamente a los concejales, a quienes por el sólo hecho de serlo se les impide emplearse simultáneamente en ciertos cargos, o contratar con cierta categoría de empresas.

5.2 Según se reseñó en el acápite de Antecedentes de la presente Sentencia, la demanda afirma que la anterior prohibición se erige en una limitación irrazonable y desproporcionada a los derechos a la igualdad, a la participación política, y al trabajo. Los cargos por violación de las correspondientes normas constitucionales -artículos 13, 25 y 40 superiores- se estructuran de manera diferente en cada caso: respecto del desconocimiento del derecho a la igualdad, el mismo devendría del hecho de que, por un lado, la restricción se predica exclusivamente de los contratistas y empleados de las empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social, al paso que quienes laboren o contraten con otras empresas que operen en el respectivo municipio

¹² Sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

¹³ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁴ Sentencia C-015 de 2004. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁵ El artículo 41 de la Ley 617 de 2000 adiciona expresamente el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, cuyo encabezamiento dice así: “**ARTICULO 45o. NCOMPATIBILIDADES:** Los concejales no podrán: ...”

no se verían afectados por la incompatibilidad. Por otro lado, se estima discriminatorio que la incompatibilidad se establezca para todo tipo de cargos o empleos, incluyendo algunos cuyas funciones no implican el manejo de las empresas de seguridad social o de servicios públicos domiciliarios. Este trato igual a situaciones que no lo son, dice la demanda, resulta desproporcionado.

La anterior desproporcionalidad, amén de resultar discriminatoria, desconoce también el artículo 25 superior, relativo al derecho al trabajo; pues si bien la necesidad de realizar los principios de moralidad, eficacia y transparencia en el ejercicio de la función pública permite restringir dicho derecho fundamental mediante el diseño de incompatibilidades, cuando las mismas son irrazonables, como ocurre con la acusada, la limitación del derecho al trabajo se torna inconstitucional.

Por la misma razón, es decir por los términos tan generales y amplios en los que está consagrada la incompatibilidad, vulnera el numeral 7 del artículo 40 de la Constitución, pues restringe irrazonablemente el derecho de los ciudadanos de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

5.3 Así pues, básicamente la discusión que plantea la demanda implica dos asuntos: a) Uno primero es el relativo a si la incompatibilidad regulada por la norma acusada resulta ser discriminatoria por no referirse sino a los contratistas y empleados de las empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social, sin incluir a quienes laboren o contraten con otras empresas que operen en el respectivo municipio: b) El segundo asunto sería el relativo a si la disposición dispensa un trato igual a personas que no están en la misma situación, es decir, si por ser demasiado general cobija a quienes no tendrían por qué resultar afectados con la restricción de sus los derechos al trabajo y de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos. A juicio del demandante, hay una serie de sujetos que no deberían quedar cobijados por la incompatibilidad; ellos serían quienes, sin ejercer cargos que impliquen el manejo o la toma de decisiones, trabajan en las empresas de seguridad social o de servicios públicos domiciliarios que cumplen actividades en el municipio; respecto de estas personas la incompatibilidad significa una restricción injustificada de derechos.

Pasa la Corte a referirse a estos dos problemas que plantea la demanda.

5.4 La diferencia de trato que se dispensa a los contratistas y empleados de las empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social, frente a quienes laboran o contratan con otras empresas que operen en el respectivo municipio.

5.4.1. Como se dijo, la incompatibilidad prevista en la norma acusada sólo cobija a los concejales que sean contratistas y empleados de las empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social. No a los que lo sean respecto de otras empresas públicas o privadas. Este trato desigual, a juicio del demandante, resulta injustificado e irrazonable, y por lo tanto inconstitucional.

Según lo ha dicho la Corte, *“el derecho a la igualdad frente a la ley, impone al legislador otorgar el mismo tratamiento a todas las personas que están en el mismo supuesto de hecho que él pretende regular. Por lo tanto, para establecer si una disposición legal concreta es discriminatoria, el primer presupuesto lógico que el juez constitucional debe verificar es que tal disposición realmente otorgue un trato diferente a personas colocadas en la misma situación de hecho. Si ello efectivamente ocurre, entonces debe examinar si ese tratamiento desigual persigue alguna finalidad constitucionalmente importante que lo justifique, comprobado lo cual debe establecerse si la limitación al derecho a la igualdad era adecuada para alcanzar tal finalidad. Además, para que dicha restricción sea conforme con la Constitución, se requiere que sea ponderada o proporcional stricto sensu. “Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos*

es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional.^{16 17}

Conforme con lo anterior, el primer paso que el juez constitucional debe agotar cuando adelanta el examen de constitucionalidad de una disposición acusada de ser discriminatoria consiste en verificar *“que tal disposición realmente otorgue un trato diferente a personas colocadas en la misma situación de hecho.”* En el presente caso, sería menester establecer si los contratistas y empleados de las empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social que prestan servicios en el municipio se encuentran en la misma situación de hecho que los contratistas y empleados de otras empresas públicas o privadas. Sobre este punto la Corte encuentra lo siguiente:

5.4.2. En cuanto a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, de la misma Constitución emana que se trata de entes sujetos a un régimen jurídico especial, en atención a la labor que cumplen, relativa a la satisfacción de necesidades vinculadas directamente con la efectividad de ciertos derechos fundamentales. Este régimen especial, además, obedece a la proyección normativa de los principios de solidaridad y de redistribución de los ingresos, propios del Estado social de Derecho, que en este tipo de empresas implican la administración de contribuciones de solidaridad recaudadas entre los usuarios con mayor capacidad de pago, dirigidas a lograr la cobertura de los estratos menos favorecidos. De otro lado, los municipios están autorizados por el artículo 368 de la propia Constitución para destinar, de su propio presupuesto, subsidios para los mismos propósitos, que igualmente son administrados por las empresas en cuestión.

Adicionalmente, conforme lo regula el artículo 5° de la Ley 142 de 1994, es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos domiciliarios, según la ley y la reglamentación expedida por los propios concejos, asegurar su eficiente y continua prestación, la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las entidades que los prestan, y apoyar con inversiones u otros instrumentos legales a las empresas de servicios públicos promovidas por los departamentos y la Nación. Competencias todas estas que no tienen los concejos respecto de otra categoría de empresas públicas o privadas, y que sin duda se traducen en un alto grado de ingerencia en las gestión de las de servicios públicos domiciliarios.

Así pues, como bien lo ponen de manifiesto algunos de los intervinientes, los concejos municipales están facultados legal y constitucionalmente para fijar los parámetros y directrices en la prestación, inversión, costos, vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios en su respectivo municipio, y para ordenar que del presupuesto municipal se destinen recursos con destino al subsidio en la prestación de tales servicios a los estratos socio económicos bajos; de todo lo cual deviene la influencia personal de los concejales en las correspondientes empresas, que sin duda puede entrar en colisión con sus intereses personales, si simultáneamente fungen como empleados o contratistas de las mismas.

No obstante, esta especial atribución de facultades a los concejos en relación con las empresas de servicios públicos domiciliarios no se presenta con los mismos rasgos respecto de las demás empresas que presten **otra** categoría de servicios, las cuales no están sujetas al régimen jurídico especial de aquellas.

5.4.3. Cosa similar ocurre con las empresas de seguridad social que prestan servicios en el municipio; como es sabido, el sistema de seguridad social responde a los principios de universalidad y solidaridad, que implican *“la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más*

¹⁶ Sentencia C-448 de 1997, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz. Sobre este tema también pueden consultarse entre otras, las sentencias C-371 de 2000, C-110 de 2000, C-093 de 2001, C-068 de 1999, C-309 de 1997 y C-741 de 1999.

¹⁷ Sentencia C-1047 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

*fuerte hacia el más débil*¹⁸, a fin de lograr la satisfacción universal de las necesidades básicas de la población en materia de salud y de previsión de los riesgos de merma de la capacidad laboral por invalidez, vejez o muerte. Para el logro de ese fin, la ley prevé la existencia de mecanismos concretos de solidaridad, cuales son las diferentes categorías de subsidios.

Ahora bien, en la administración de los recursos de la seguridad social destinados a satisfacer el principio de solidaridad, los concejos municipales tienen un alto grado de ingerencia. En efecto, en materia de salud dichos recursos se encuentran señalados en el artículo 214 de la Ley 100 de 1993 y son administrados por las direcciones municipales, distritales o departamentales de salud mediante la suscripción de contratos con las llamadas administradoras del régimen subsidiado (ARS), según lo disponen el artículo 215 y siguientes de la misma Ley 100. Dichos contratos deben ser autorizados directamente por el concejo municipal, como lo prescribe el numeral 3° del artículo 313 de la Constitución Política.

También, a manera de ejemplo, en materia de seguridad social en pensiones, algunos municipios administran hoy en día fondos públicos pensionales, con cargo a los cuales se reconocen situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la Ley 100 de 1993, con base en disposiciones municipales en materia de pensiones de jubilación. Las atribuciones de los concejos en dicha categoría de instituciones tienen que ver, entre otros asuntos, con los recursos del presupuesto municipal que se destinan para tal efecto.

Así mismo, en materia de seguridad social, según lo prescrito por el artículo 261 de la Ley 100 de 1993, los municipios deben garantizar la infraestructura necesaria para la atención de los ancianos indigentes y la elaboración de un plan municipal de servicios complementarios para la tercera edad como parte integral del plan de desarrollo municipal. En los municipios que prestan servicios asistenciales a personas en estado de desprotección, como es el caso de los mayores indigentes, los concejos tienen especial ingerencia en la destinación y regulación de la gestión de los recursos destinados al efecto.¹⁹

De igual manera, no debe olvidarse que los concejos están facultados para autorizar la creación de Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que presten servicios en el municipio.²⁰

Los anteriores ejemplos ponen de manifiesto que las facultades de los concejos en relación con la destinación de los recursos municipales para la seguridad social, y con la vigilancia y control en la ejecución de los mismos, exigen un especial celo en su ejercicio, debido a que su correcta utilización compromete caros principios del Estado según la cláusula social de derecho, como lo son el de solidaridad frente a las personas en situación de vulnerabilidad. Esta circunstancia no se presenta con los mismos rasgos en otro tipo de empresas que no pertenecen al sistema de seguridad social.

5.4.4. Ahora bien, nótese que los dos tipos de empresas señaladas por el legislador para establecer la causal de incompatibilidad -empresas de seguridad social y empresas de servicios públicos domiciliarios- se identifican en su vinculación con regímenes jurídicos organizados con fundamento en el principio constitucional de solidaridad, y en torno de la administración de un régimen de subsidios. Circunstancia que no se presenta en las demás empresas de servicios que pueden operar en el municipio. Es decir, el legislador estimó que esta circunstancia exigía diseñar un régimen más estricto de incompatibilidades, que asegurara en mayor medida la transparencia y la moralidad en la gestión administrativa de tales entidades.

¹⁸ Ley 100 de 1993, artículo 2°.

¹⁹ Estos programas se alimentan de recursos provenientes tanto del presupuesto nacional como de los departamentales y municipales, de conformidad con lo reglado por el artículo 258 de la Ley 100 de 1993.

²⁰ Cf. Ley 100 de 1993, artículo 181, literal e).

Por tal razón, no es la misma la situación de los concejales frente a este tipo de empresas de seguridad social o de servicios públicos domiciliarios, que frente a las de otro tipo; la ley, en vista de los mecanismos de solidaridad y de subsidio sobre los cuales operan las primeras, y con miras a preservar de manera más intensa la moralidad y la transparencia en la gestión de estos sistemas de solidaridad, quiso ser celoso respecto de los posibles conflictos de interés que pudieran resultar del hecho de que los concejales fueran simultáneamente empleados o contratistas de empresas de seguridad social o de servicios públicos domiciliarios.

5.4.5. Lo anterior hace que no se cumpla con el primer presupuesto lógico que permite entrar en el examen de una disposición legal acusada de desconocer el derecho a la igualdad. Recuérdese que *“el derecho a la igualdad frente a la ley, impone al legislador otorgar el mismo tratamiento a todas las personas que están en el mismo supuesto de hecho que él pretende regular.”* Por lo cual *“para establecer si una disposición legal concreta es discriminatoria, el primer presupuesto lógico que el juez constitucional debe verificar es que tal disposición realmente otorgue un trato diferente a personas colocadas en la misma situación de hecho.”* En el presente caso, el demandante afirma que la incompatibilidad prevista en la norma demandada cobija a los concejales que sean contratistas y empleados de las empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social, pero no a los que lo sean respecto de otras empresas públicas o privadas. Y sostiene que este trato desigual resulta injustificado e irrazonable, y por lo tanto inconstitucional.

Empero, las consideraciones anteriores demuestran que no están en igual situación los concejales que simultáneamente sean empleados o contratistas de empresas de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social, que aquellos otros concejales que sean empleados o contratistas de otro tipo de empresas. En los primeros, el conflicto de intereses que esta doble posición pudiera ocasionar reviste mayor trascendencia social, por la naturaleza de las empresas mencionadas, que son justamente aquella a través de las cuales en mayor medida se hace efectivo el principio de solidaridad.

Por todo lo anterior, es decir por no ser igual la situación de los concejales que fungen como empleados o contratistas de las empresas de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social, que la de los concejales que hacen lo propio en otro tipo de empresas, la Corte despachará como improcedente este primer cargo de inconstitucionalidad, sin continuar con los subsiguientes pasos del test de igualdad.

5. 5. En un segundo cargo, la demanda afirma que, por ser demasiado general, la incompatibilidad contenida en la norma acusada se aplica a personas que no tendrían por qué resultar afectadas con la restricción de sus los derechos al trabajo y de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos. A juicio del demandante, hay una serie de sujetos que no deberían quedar cobijados por la incompatibilidad; ellos serían los concejales que trabajan en las empresas de seguridad social o de servicios públicos domiciliarios, sin ejercer cargos que impliquen la toma de decisiones; respecto de estas personas la incompatibilidad significa una restricción injustificada de derechos.

Es decir, el cargo que plantea el actor es de aquellos que denuncian una *“clasificación demasiado amplia” (overinclusive statute)*, dentro de la cual se incluyen muchas categorías de personas a las cuales se les impone una prohibición, no obstante que no todas ellas generan el riesgo social que determina la imposición de dicha prohibición. Dicho de otro modo, en relación concreta al problema jurídico bajo estudio, no todos los concejales que, simultáneamente a la representación popular, trabajan o contratan con empresas de seguridad social o de servicios públicos domiciliarios que presten servicios en el municipio tienen la posibilidad de adoptar en estas empresas decisiones, por lo cual sólo aquellos que realmente tienen esa posibilidad pueden resultar incurso en conflictos de interés. De esta manera, la disposición ha debido cobijarlos solo a ellos, y no incluir a todo el universo de empleados o contratistas de tales empresas.

Al parecer de la Corporación, si bien es cierto que los concejales que simultáneamente se desempeñen en cargos directivos en las aludidas empresas están en una situación más propicia a

los conflictos entre el interés público y el interés privado, a quienes no se encuentran en esas posiciones de mando, o son simplemente contratistas, igualmente les asiste un interés particular en las decisiones que respecto de la empresa pueda adoptar el concejo municipal. En esa medida, es razonablemente presumible que puedan surgir frecuentes conflictos de interés en cabeza suya, si simultáneamente se desempeñan como concejales. Por ello desestima la argumentación del demandante, que considera que la incompatibilidad acusada resulta demasiado amplia al cobijar cualquier clase de empleo o de contratista.

5.6. Finalmente, debe la Corte estudiar si la limitación al derecho al trabajo y al derecho de acceso al ejercicio del poder político se ve desproporcionadamente restringida por el diseño de la incompatibilidad prevista en la norma *sub examine*.

Ciertamente, como todas las incompatibilidades, la presente restringe los derechos que menciona el demandante. Por definición, ese es el contenido de la institución jurídica de las incompatibilidades.

Los derechos al trabajo, a la participación y al acceso al ejercicio de cargos públicos, como todos los derechos fundamentales, no son derechos absolutos. Su ejercicio, ha dicho la Corte, puede ser objeto de limitaciones que resultan ser necesarias para realizar otros principios superiores, o para garantizar otros derechos fundamentales que en cierto momento pueden verse confrontados con aquellos. En este sentido la Corte ha dicho:

“Los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles²¹”.

En el presente caso, por ejemplo, los mencionados derechos al trabajo y de acceso al ejercicio de cargos públicos parecen entrar en tensión con los principios de moralidad, transparencia y eficiencia que gobiernan el ejercicio de la función administrativa. En tal virtud, el legislador ha estimado necesario restringir los aquellos derechos, en aras de garantizar éstos principios.

Ahora bien, la jurisprudencia ha indicado que para establecer si una norma legal limitativa de algún derecho fundamental se ajusta a la Constitución, es menester que ella supere un juicio de razonabilidad que se estructura en varios pasos:

“El juicio de razonabilidad supone tres pasos. El primero de ellos consiste en analizar el fin buscado por la decisión adoptada por el Gobierno; el segundo, en analizar el medio adoptado para llegar a dicho fin; y el tercero, en estudiar la relación entre el medio y el fin. La intensidad del juicio de razonabilidad depende de la relevancia constitucional de los valores que podrían ponerse en riesgo con la medida que sea objeto de análisis.²²”

²¹ Sentencia C- 578 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²² La intensidad del juicio de constitucionalidad debe ser estricta a pesar de que la norma demandada es de contenido económico porque lo que está en juego no es una medida con alcances económicos generales o exclusivos sino una norma cuestionada por su incidencia directa en el goce efectivo de derechos constitucionales. Otra sería la situación si la demanda versara sobre la inadecuación del presupuesto para reactivar la economía y así estimular la generación de empleo, por ejemplo, cargo de naturaleza primordialmente económica.

Así pues, lo primero que corresponde examinar es si esa restricción de derechos persigue alguna finalidad constitucionalmente relevante que la justifique; en el presente caso, como se acaba de decir, esa finalidad radica en la necesidad de garantizar la moralidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de la función pública, objetivos que no solo son legítimos, sino también importantes en el Estado Social de Derecho.

Ahora bien, en cuanto al medio escogido por el legislador para alcanzar el anterior propósito constitucional, en el presente caso consiste en diseñar una causal de incompatibilidad para el ejercicio del cargo de concejal, que impide que quienes sean empleados o contratistas de empresas de seguridad social o de servicios públicos que operen en el municipio, simultáneamente se desempeñen como concejales. Al parecer de la Corte, esta incompatibilidad, escogida como medio para lograr la moralidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio del cargo de concejal, resulta apropiada, pues impide la confluencia de intereses personales y públicos en cabeza de un mismo sujeto, en garantía de la recta administración de entidades que, como arriba se estudió, se someten a un régimen jurídico especial por su vinculación con sistemas de solidaridad, de subsidio y de redistribución de ingresos. En tal virtud, se cumple con la adecuación de medio a fin que debe estar presente en las normas legales que restringen derechos fundamentales para el logro de objetivos constitucionales relevantes.

Por último, debe la Corte evaluar si la restricción al derecho al trabajo y al acceso al ejercicio de cargos públicos es proporcionada, es decir no excesiva frente los efectos que se pretende alcanzar. En otras palabras, si el sacrificio de derechos fundamentales no resulta exagerado frente a los beneficios constitucionales obtenidos con la aplicación de la disposición.

A ese respecto la Corte encuentra que por diversas razones no puede afirmarse que la restricción sea desproporcionada. En efecto, de conformidad con lo reglado por el artículo 20 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 66 de la Ley 136 de 1994, los concejales perciben honorarios, que se causan por cada sesión del concejo a que asistan, cuya cuantía será *“como máximo el equivalente al ciento por ciento (100%) del salario diario que corresponde al respectivo alcalde”*. Esta circunstancia aminora la restricción al derecho al trabajo que se deriva de que el concejal no pueda ser empleado o contratista de las empresas de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social que operan en el municipio, pues significa que la labor de los concejales, aparte de su aspecto propiamente político, es también una forma remunerada de ejercicio del derecho al trabajo.

De otro lado, la Corte aprecia que los concejales conservan la posibilidad de trabajar en cualquier otra empresa privada que no sea de la categoría de las cobijadas por la incompatibilidad, o de contratar con ellas, o de ejercer cualquier profesión u oficio independiente.

Así pues, el sacrificio de los derechos fundamentales de los concejales no resulta excesivo, amén de estar justificado en la necesidad de alcanzar objetivos constitucionales importantes.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **EXEQUIBLES** las expresiones *“empleados o contratistas”* y *“en el respectivo municipio”*, contenidas en el artículo 41 de la Ley 617 de 2000, que adicionó el artículo 45 de la Ley 136 de 1994.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Presidente
CON ACLARACION DE VOTO
ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Magistrado
CON ACLARACION DE VOTO
MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado
JAIME CORDOBA TRIVIÑO
Magistrado
RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado
CON SALVAMENTO DE VOTO
MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado
HUMBERTO SIERRA PORTO
Magistrado
CON SALVAMENTO DE VOTO
ALVARO TAFUR GÁLVIS
Magistrado
CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada
MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO ALFREDO BELTRÁN SIERRA, EN RELACIÓN
CON LA SENTENCIA C-179 DE MARZO 1º DE 2005 (Expediente D-5334).**

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, aclaro mi voto en este caso, en cuanto en la Sentencia C-179 de 1º de marzo de 2005, se declaran exequibles las expresiones “*empleados o contratitas*” y “*en el respectivo municipio*”, contenidas en el artículo 41 de la Ley 617 de 2000, respecto de la cual se salvó el voto por el suscrito magistrado en la Sentencia C-540 de 2001.

Fecha ut supra.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-179 DE 2005.

Referencia: C- 179 de 2005.

Expediente D- 5334

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 41 (parcial) de la Ley 617 de 2000.

Demandante:
Carlos Edward Osorio Aguiar

Magistrado Ponente:
Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Con el acostumbrado respeto, el suscrito Magistrado disiente de la decisión de la Corte, contenida en la sentencia de la referencia que resuelve: “Declarar EXEQUBLES las expresiones “empleados o contratistas” y “ en el respectivo municipio”, contenidas en el artículo 41 de la ley 617 de 2000, que adicione el artículo 45 de la ley 136 de 1994”

Los motivos por los que me aparto de la decisión de la Corte, están claramente expuestos en el salvamento de voto que presentó el Magistrado Rodrigo Escobar Gil, razón por la cual me adhiero a lo en él consignado.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

Salvamento de voto

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, expongo a continuación las razones por las cuales me aparté de la decisión mayoritaria en este caso.

Comparto las consideraciones generales que se hacen en la Sentencia en relación con la amplitud de las facultades legislativas para fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, específicamente en relación con los concejales, en la medida en que ellas responden a los criterios que la jurisprudencia constitucional ha venido decantando sobre la materia. Sin embargo, estimo que conforme a esos criterios y teniendo en cuenta la peculiar situación que se presenta en la configuración constitucional y legal del régimen de los concejales, no podía pasarse por alto el hecho de que los contenidos normativos acusados contienen una grave restricción del derecho de participación política para determinados ciudadanos, razón por la cual el juicio de proporcionalidad adelantado por la Corte debió someterse a parámetros más estrictos. Ese análisis habría mostrado, en mi concepto, que por las enunciadas peculiaridades, la afectación de ese derecho de participación exigía al legislador un más cuidadoso ejercicio de ponderación, en orden a obtener el objetivo legítimo buscado sin incurrir en una injustificada afectación de derechos fundamentales.

En efecto, si bien las disposiciones acusadas persiguen un objetivo válido, y se ha empleado un medio que puede considerarse idóneo para obtener ese fin, no resulta constitucionalmente admisible que el legislador acuda a clasificaciones generales y demasiado amplias, sino que el efecto restrictivo que la medida adoptada tiene sobre los derechos fundamentales de sus destinatarios exige una cuidadosa valoración orientada a limitarlo al ámbito de lo estrictamente necesario, con miras a la obtención del fin propuesto.

En ese contexto, estimo que al aplicar los criterios generales al caso concreto, en la sentencia de cuyo sentido me aparto se hizo una errada aproximación al tema, puesto que se separó de manera absoluta la consideración, por un lado, de las entidades respecto de las cuales se aplicaba la medida restrictiva, esto es, las empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social, y por otro, las personas directamente afectadas por la restricción, o sea, los concejales, o quienes aspiren a serlo, y que se ven limitadas en su posibilidad de contratar o vincularse laboralmente con esas entidades.

Ciertamente es posible establecer diferencias y especificidades en relación con las empresas a las que se refiere la norma, pero no puede perderse de vista que la diferencia de trato no se predica frente a tales empresas, sino en relación con las personas que se vinculan a ellas, lo cual imponía un análisis distinto. En tal caso se hacía necesario identificar un criterio a partir del cual la incompatibilidad se predicase sólo de determinadas personas en razón de su vinculación con ciertas entidades y no de otras, para establecer si a la luz de ese criterio, la limitación impuesta a esas personas, y solo a ellas, resultaba compatible con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En ese análisis era preciso tener cuenta tres aspectos que no fueron suficientemente valorados en la sentencia:

En primer lugar, como se ha mencionado, el análisis de igualdad y de proporcionalidad debía hacerse en relación con las personas afectadas, y no con las empresas respecto de las que se establece la prohibición.

En segundo lugar, al centrar el análisis en la limitación que se establece a las personas, no podía pasarse por alto la grave afectación del derecho de participación que se produce, cuando selectivamente se imponen unas condiciones que, en la práctica, excluyen a ciertas personas de la posibilidad de acceder a la función pública en calidad de concejales, sin tener en cuenta de manera específica ni la naturaleza del vínculo que se pretendía establecer con las empresas de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social, ni el grado de esa vinculación

Finalmente, tercero, la ponderación entre esa limitación del derecho de participación y el beneficio obtenido con la misma, no podía hacerse al margen de la consideración de que, como quiera que no se trata de una incompatibilidad de carácter general, el objetivo buscado, esto es, evitar la indebida interferencia entre los cometidos propios de los concejales y los intereses privados derivados de la vinculación con una empresa de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social, podía obtenerse a través del régimen general de conflictos de interés.

Ese análisis alternativo, conforme al cual, en mi criterio, debió declararse la inexecutable de la disposición acusada está contenido en la ponencia que presenté y que no fue acogida por la Sala Plena de la Corporación, y cuyos apartes relevantes transcribo a continuación:

“En el caso que ocupa la atención de la Corte resulta necesario, entonces, definir cuales son los parámetros aplicables al control de constitucionalidad, a la luz, por una parte, de los criterios generales fijados por la jurisprudencia en relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos elegidos popularmente en los niveles territoriales y, por otra, de las particulares atribuciones y competencias de los concejales; de las responsabilidades que les han sido asignadas, así como de las demás especificidades de su régimen propio.

Como quiera que el problema de constitucionalidad se ha planteado fundamentalmente desde la perspectiva de la igualdad, se remite la Corte a los criterios que la jurisprudencia constitucional ha decantado sobre el particular.

Tal como se ha señalado, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, por regla general, en materia de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos elegidos popularmente en los niveles territoriales, “... el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa ...”²³. Al mismo tiempo, sin embargo, dado el especial régimen de los concejales y la naturaleza de la incompatibilidad prevista en la norma, se aprecia, que *prima facie*, el trato diferente derivado de ella comporta una afectación significativa de los derechos de participación y trabajo, lo cual significaría que el margen de configuración del legislador se reduce y la consideración de los distintos aspectos que hacen parte del juicio de igualdad debe ser más estricta. No obstante que la Corte ha señalado que no puede tenerse como una afectación del derecho de participación política el mero señalamiento de unos requisitos que desarrollan preceptos constitucionales y finalidades constitucionalmente importantes²⁴, no es menos cierto que en este caso en particular concurren circunstancias que ameritan un examen específico, como consecuencia del cual la conclusión podría ser distinta.

5. La norma demandada y el principio de igualdad

5.1. La norma acusada establece una clasificación entre las empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social, por un lado, y el resto de empresas que operen en el respectivo municipio, por otro. La incompatibilidad prevista en la disposición demandada restringe la posibilidad de que los concejales sean empleados o contratistas, únicamente, de las empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social. Desde la perspectiva del principio de igualdad es necesario determinar, entonces, si esta diferencia de trato se funda en un criterio objetivo y razonable, y si la clasificación finalmente realizada por legislador se adecua o no a ese criterio.

²³ Sentencia C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero

²⁴ Ver Sentencias C-1412 de 2000, M.P. Marta SÁCHICA Mendez, C-194 de 1995, MP José Gregorio Hernández Galindo y C-618 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

5.2. Al examinar el proceso racional de establecimiento de una incompatibilidad se tiene que, en primer lugar, se identifica por el legislador un objetivo que se considera necesario alcanzar; a continuación se plantea la adopción de una medida que sea conducente a la obtención del objetivo propuesto. Si la medida no es de carácter general, se fija, entonces, un criterio que permita identificar a los destinatarios de la misma, y, luego, si el criterio elegido no comporta en si mismo una clasificación, se procede a hacerla incorporando entre los destinatarios de la norma a todos aquellos que satisfagan el criterio de diferenciación elegido.

En el presente caso, tanto de los antecedentes legislativos, como de la finalidad propia de los regímenes de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés derivada de la Constitución, se puede concluir que la finalidad de la norma es minimizar la confluencia de intereses públicos y privados en cabeza de los concejales, de manera tal que puedan ejercer sus funciones con el máximo de independencia, imparcialidad y transparencia.²⁵ Para ese efecto, en el caso que ocupa la atención de la Corte, el legislador optó por ampliar las incompatibilidades aplicables a los concejales en relación con su vinculación con algunas empresas que operen en el respectivo municipio. En la medida en que la incompatibilidad propuesta no se aplica en relación con todas las empresas a las que puedan vincularse los concejales, era preciso establecer un criterio de diferenciación. Aunque tal criterio no está explícito en la norma, es posible establecerlo a partir de la finalidad de la norma y la clasificación efectivamente realizada por el legislador. Conforme a tal criterio, debe excluirse la posibilidad de que los concejales laboren o contraten con cualquier empresa que en razón de su naturaleza o sus objetivos pueda dar lugar a un especial conflicto de intereses con el ejercicio de las funciones propias de los concejales. Al aplicar ese criterio, encontró el legislador que la vinculación de los concejales a las empresas de servicios públicos domiciliarios o a las empresas de seguridad social, plantearía evidentes conflictos de interés.

5.3. De este modo, se tiene que para hacer el análisis de constitucionalidad a la luz del principio de igualdad es necesario, en el presente caso, en primer lugar, identificar los fines constitucionalmente admisibles a los que atiende la norma; luego examinar, *prima facie*, la idoneidad de la medida que se adopta para la obtención de esos fines, para luego, y dado que la medida no es general, estudiar la racionalidad del criterio de diferenciación elegido por el legislador. Cumplida esa fase, debe indagarse acerca de la adecuación de la clasificación que a la luz de ese criterio se ha realizado por el legislador, para proseguir, después, con el juicio sobre la razonabilidad y proporcionalidad del tratamiento diferenciado contenido en la norma.²⁶

La primera fase del análisis propuesto se orienta, entonces, a establecer si la clasificación realizada por el legislador es legítima, o si, por el contrario, resulta discriminatoria.

²⁵ En la exposición de motivos del respectivo proyecto de ley se expresa que se proponen unas reglas para la transparencia de la gestión departamental y municipal, que comprenden el fortalecimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores, alcaldes, diputados y concejales. Añade el documento que con las disposiciones previstas "... se amplían los espacios democráticos a nivel departamental y municipal, se eliminan incentivos hoy latentes para la corrupción y la ineficiencia, se minimiza la posibilidad de emplear los cargos públicos la contratación administrativa, los servicios públicos domiciliarios y los de seguridad social con propósitos de beneficio electoral". Gaceta del Congreso No. 257 de 1999, p. 15.

²⁶ Sobre esta diferenciación entre un test de racionalidad y un test de razonabilidad, ver Enrique Alonso García, *La Interpretación de la Constitución*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 206 y ss. En este caso, la primera parte del examen propuesto por la Corte se orienta a establecer la racionalidad de la clasificación establecida por el legislador, al paso que la segunda estaría destinada al estudio de la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida adoptada o del tratamiento diferente previsto en la norma.

5.3.1. La finalidad a la que atiende la diferencia de trato establecida en la norma es legítima. En la exposición de motivos del proyecto que se convirtió en la Ley 617 de 2000, el gobierno señaló como propósito para las medidas que se proponían en materia de inhabilidades e incompatibilidades el de garantizar la transparencia en la gestión pública, minimizando la posibilidad de que los cargos públicos, la contratación administrativa y los servicios públicos domiciliarios y de seguridad social se empleen con propósitos de beneficio electoral, y contribuyendo a mejorar la calidad de la gestión pública, eliminando la posibilidad del uso doloso e ineficiente de los recursos públicos. Aunque expresada en términos amplios y sin diferenciar entre las que de manera específica se predicen de las incompatibilidades y de las inhabilidades, las anteriores finalidades se enmarcan dentro de aquellas que es posible inferir a partir de un examen racional de la norma y de los fines que en la materia la Constitución le impone al legislador. Así, de manera general, la Corte ha señalado que la finalidad de las incompatibilidades es la de minimizar la posibilidad de conflictos de interés en los servidores públicos, evitando que abusen de su poder y diferenciando con nitidez el beneficio público a cuya realización están compelidos dichos servidores y sus intereses privados o personales.²⁷

En el análisis sobre la finalidad de la incompatibilidad prevista por la ley debe excluirse la consideración de objetivos que racionalmente no resultan compatibles con la manera como la misma fue consagrado. Así, no cabe tener como fines de esa prohibición los que son predicables de las inhabilidades -no de las incompatibilidades- como es el de impedir que un cargo se use con propósitos electorales, o los que sólo serían válidos frente a una prohibición general, como sería el objetivo de asegurar una dedicación de tiempo completo de los concejales a sus labores de servicio público, caso en el cual no resultaría explicable que se les permitiese acceder a algunos empleos y no a otros; o el objetivo de excluir cualquier relación de subordinación laboral o contractual con el sector empresarial en quienes ostentan la dignidad de concejales, evento en el que tampoco se explicaría el tratamiento diferenciado.

5.3.2. Un examen *prima facie* de la medida adoptada la muestra idónea para la realización de las finalidades propuestas. En efecto, la norma acusada establece una incompatibilidad para los concejales, orientada a impedir que sean empleados o realicen contratos con empresas cuya actividad pueda dar lugar al surgimiento de conflictos de interés entre la función pública propia de los concejales y las actividades privadas que les corresponda llevar a cabo.

Cuando la incompatibilidad establecida por el legislador es general, es decir, se aplica a todos, no hay lugar a un juicio de igualdad. Pero cuando la misma se predica solo de algunos sujetos, es evidente que debe abordarse el problema de la igualdad.

En tal evento, cuando la medida no es general, la clasificación realizada por el legislador, no solamente debe obedecer a un fin constitucionalmente admisible, sino que, además, no puede ser arbitraria, lo cual quiere decir que debe estar sustentada en un criterio racional de diferenciación.

En el presente caso, la incompatibilidad no se aplica a los empleados y a los contratistas de todas las empresas que operen en el respectivo municipio, sino sólo a los de algunas de ellas, las de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social.

Ello significa que es necesario indagar sobre el criterio con base en el cual el legislador realizó esa clasificación. Para ese efecto debe tenerse en cuenta que el carácter no general de la incompatibilidad plantea no solo un problema de igualdad, sino que en razón del régimen de los concejales, es particularmente sensible desde el punto de vista del acceso a los cargos públicos y el derecho al trabajo. Tal como se puso de presente en la exposición

²⁷ Ver entre otras, las Sentencias C- 497 de 1994 y C-247 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

de motivos del proyecto de ley, en atención a la limitación temporal que tiene el régimen de sesiones de los concejos municipales, es necesario mantener la posibilidad de que los concejales ejerzan actividades comerciales, de servicios o profesionales, razón por la cual no cabe una incompatibilidad general. Cuando una incompatibilidad se establece con carácter general, para evitar la indebida afectación del derecho de acceso a los cargos públicos, se contempla una adecuada compensación económica para el servidor público, de tal manera que las personas no tengan necesidad de realizar actividades distintas de las propias de su condición como servidores públicos. Tal es, por ejemplo, el caso del régimen constitucional de incompatibilidades de los congresistas, que no puede concebirse sin la consideración simultánea del régimen de remuneración también previsto en la Carta.

Como por expresa disposición constitucional, los concejales no tienen la calidad de empleados públicos y corresponde a la ley determinar los casos en los que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones, y dado que la ley limita el número de sesiones que dan lugar al pago de honorarios, es necesario permitir a los concejales el desarrollo de otras actividades de las cuales deriven los ingresos que requieren para su manutención y la de sus familias.

De este modo, tratándose de los concejales, el propósito de asegurar la transparencia, la imparcialidad y la independencia a través del régimen de incompatibilidades, exige una particular ponderación por parte del legislador para evitar incurrir en violación del principio de igualdad y del derecho de participación política. Esto es, el legislador debe partir de un criterio de diferenciación racional y adoptar medidas que resulten razonables y proporcionadas en la ponderación entre la finalidad perseguida, el medio empleado y la limitación resultante de los derechos de las personas.

5.3.3. En este caso, la sola clasificación realizada por el legislador no aporta un criterio de diferenciación suficiente, porque ella no explica por qué, si la finalidad es, garantizar la transparencia, la imparcialidad y la independencia de los concejales, minimizando las posibilidades de que surjan conflictos de interés, se incluyen solamente algunas empresas cuya actividad puede dar lugar a tales conflictos en quienes tengan simultáneamente la calidad de empleados o contratistas de las mismas, por un lado, y de concejales, por otro, y se excluyen otras empresas que en razón de su actividad podrían dar lugar a una situación de características equivalentes.

Debe tenerse en cuenta que, excluida la posibilidad de aplicar la incompatibilidad a todas las empresas, el asunto se desenvuelve dentro de un cierto casuismo, en la medida en que para cada una de las funciones de los concejos municipales es posible encontrar sectores empresariales cuya actividad pueda ser una fuente de conflictos de interés para los concejales que mantuviesen una vinculación simultánea. Por otro lado, también es importante observar que en razón de tales conflictos parciales, que en cada caso se predicen en relación con alguna de las funciones de los concejos, se ha previsto una exclusión absoluta. Surge nuevamente, entonces la cuestión acerca de la razón por la cual tal exclusión afecta a algunos y no a otros, no obstante que la incompatibilidad se manifiesta puntualmente en razón de algunas de las competencias de los concejos y, sin embargo, por un lado, se adopta una medida de carácter extremo, puesto que en razón de esa incompatibilidad puntual, se establece una prohibición general, y por otro, dicha prohibición no se predica de todas las hipótesis en las que de manera puntual puedan surgir conflictos de intereses.

Dado que en la exposición de motivos del respectivo proyecto de ley se presentaron algunas consideraciones globales sobre este particular, debe puntualizarse que la racionalidad detrás de las incompatibilidades es distinta de la propia de las inhabilidades. Así, para justificar una inhabilidad, resulta, *prima facie*, razonable que se acuda al argumento de evitar que la vinculación laboral o contractual con una empresa de servicios públicos o de seguridad social pueda usarse con objetivos electorales, argumento dentro del cual cuenta la

consideración del carácter masivo de los servicios que prestan tales empresas. Ese criterio, sin embargo, no aplica en el mismo sentido para las incompatibilidades, en la medida en que si lo que se quiere impedir es que el concejal utilice su posición en una de tales empresas con fines electorales, basta con la inhabilidad que, en cuanto que no distingue entre concejales o no, evita esa interferencia no deseada por legislador. Así, el concejal que decidiese vincularse con una de tales empresas no podría ser reelegido, salvo que renunciase con la anterioridad prevista en la norma que establezca la inhabilidad.

Del contenido de la disposición acusada así como de la racionalidad propia de las incompatibilidades es posible concluir que, en este caso concreto el criterio de diferenciación en el momento de determinar el contenido y el alcance de las incompatibilidades predicables de los concejales, es el de aplicar la prohibición para los empleos y contratistas de empresas que por su naturaleza y objeto impliquen una especial confluencia de intereses para los concejales, en razón de las funciones que les corresponde cumplir.

El criterio es, en principio racional, puesto que dado que no se puede establecer una incompatibilidad absoluta, en atención al régimen propio de los concejales, que implica dedicación parcial y limitada compensación económica, se opta por establecerla para determinadas empresas, en función de la especial intensidad de los conflictos de intereses a los que pueden dar lugar. Sin embargo dicho criterio no deja de ser problemático, puesto que no está exento de ambigüedad. ¿En qué casos se considera que la vinculación a una empresa determinada plantea un especial conflicto de interés que amerite el trato diferenciado? ¿Qué parámetros objetivos se han establecido, o pueden establecerse por el intérprete, para la aplicación del criterio de diferenciación? ¿Deben incluirse dentro de la incompatibilidad los empleos o contratos con todas las empresas sujetas a las competencias de regulación del Consejo? ¿O todas aquellas respecto de las cuales le corresponda asumir, directa o indirectamente, labores de control y vigilancia? ¿O aquellas que se desenvuelvan en áreas en las que el municipio puede concurrir con los particulares?

Sin embargo, no obstante que no exista un parámetro expreso, el mismo puede derivarse a partir de una generalización o abstracción del contenido de la norma. En este caso, sin embargo, ello no parece posible por la generalidad de las categorías empleadas por el legislador.

Esa indeterminación del criterio de diferenciación, no obstante que en abstracto el mismo no resulta contrario a la Constitución, se traduce en un problema de constitucionalidad al mirar la concreta clasificación realizada por legislador, como pasa a establecerse.

5.3.4. La concreción del criterio de diferenciación se manifiesta en la específica clasificación realizada por el legislador y conforme a la cual los concejales no podrán ser empleados ni contratistas de las empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social en el respectivo municipio.

En principio, la clasificación parecería adecuada al criterio de diferenciación propuesto. En efecto, las empresas de servicios públicos domiciliarios que, de acuerdo con la ley son las de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible, están sometidas a una particular intervención de los municipios, la cual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 142 de 1994, se sujetará a los reglamentos que expidan los Concejos Municipales.

A su vez, las empresas que prestan servicios de seguridad social comprenden las que se desenvuelven dentro de los sistemas general de pensiones y general de seguridad social en salud, general de riesgos profesionales y de salud ocupacional. En relación con las empresas que operan en el ámbito de la salud, cabe observar que, de acuerdo con la Ley 715 de 2001 corresponde a los municipios dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de su jurisdicción, para lo cual se les

asignan específicas competencias cuya reglamentación corre por cuenta de los respectivos concejos municipales. Adicionalmente, en el régimen de seguridad social se establecen unas competencias específicas para los municipios en materia de salud en el régimen subsidiado.

En principio, entonces, la clasificación realizada por el legislador encaja en el criterio de diferenciación que se ha establecido, en la medida en que se aplica a los empleados y contratistas de empresas cuyo objeto puede dar lugar a situaciones especiales de conflicto de intereses para los concejales.

5.3.5. No obstante la conclusión provisional a la que se arribó en el apartado anterior, un análisis más detenido parece conducir a conclusión distinta, esto es, que la clasificación realizada por el legislador resulta inadecuada, a la luz del criterio propuesto, por ser tanto sobre-comprensiva, como infra-comprensiva, como se muestra a continuación:

Establecer la incompatibilidad únicamente para los empleos y contratos con empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social no resulta adecuado para alcanzar el fin buscado por la norma, por cuanto, por un lado se dejan de incluir en la incompatibilidad los empleos y contratos con empresas distintas que presentan, sin embargo, problemas equiparables en relación con los conflictos de interés, y por otro, se incluyen entre las empresas a las que no pueden vincularse los concejales, algunas que no tienen relación alguna con la actividad que deben realizar los concejos municipales.

5.3.5.1. Si bien es cierto que, como se ha mostrado, tanto las empresas de servicios públicos domiciliarios, como las de seguridad social, al menos parcialmente, comportan una confluencia de intereses contrapuestos con los propios de la función pública en el nivel municipal, que haría explicable el establecimiento de una incompatibilidad como la prevista por el legislador, otras empresas que operan en el nivel local, y que no están incluidas en la incompatibilidad, también presentan esa confluencia de intereses, en un rango de intensidad variable, que, en ocasiones puede ser, no solo equiparable, sino, incluso, mayor que la presente en empresas en relación con las cuales si opera la incompatibilidad. Así, por ejemplo, el mismo criterio al que responde la norma sería aplicable a los empleados y contratistas de las empresas de construcción que obren en el respectivo municipio, como quiera que, de acuerdo con la Constitución, a los Concejos Municipales les corresponde reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, labores que han sido ampliamente desarrolladas por la ley, que precisa las competencias de los concejos en este campo. Del mismo modo, también por vía de ejemplo, cabría hacer un paralelismo entre las empresas prestadoras del servicio de educación, que no están incluidas en la incompatibilidad y las de seguridad social en el ámbito de la salud, que sí están incluidas. Las actividades que corresponden a uno y otro conjunto de empresas tienen una regulación simétrica en la Ley 715 de 2001, que de manera general establece que, en relación con la educación, corresponde a los distritos y municipios certificados, entre otras funciones, dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad; ejercer la inspección, vigilancia y supervisión de la educación en su jurisdicción, en ejercicio de la delegación que para tal fin realice el Presidente de la República, o vigilar la aplicación de la regulación nacional sobre las tarifas de matrículas, pensiones, derechos académicos y cobros periódicos en las instituciones educativas. En materia de salud, la ley dispone, entre otras funciones de los municipios las de dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de su jurisdicción, para lo cual cumplirán un conjunto de funciones, relacionadas principalmente con el régimen subsidiado, pero también, en ciertos aspectos, con el contributivo.

A la luz de las anteriores consideraciones, podría señalarse que, si el criterio para establecer una diferencia de trato fue el de impedir que los concejales establezcan relaciones laborales o contractuales con empresas que son destinatarias, en distintos niveles pero con un

particular grado de intensidad, de la labor de gestión, regulación y vigilancia del municipio, la norma acusada se mostraría claramente insuficiente, y resultaría contraria a la igualdad, porque, sin razón que lo justifique, establece la incompatibilidad para quienes trabajen en unas empresas y no para quienes trabajan en otras respecto de las cuales resultaría aplicable el criterio de diferenciación empleado por la ley en este caso.

5.3.5.2. En sentido contrario, la clasificación realizada por el legislador también resulta demasiado amplia, porque incluye por ejemplo, a las empresas administradoras de fondos de pensiones y cesantías que, no obstante que son empresas que prestan servicios de seguridad social, no son objeto de especial control o regulación en el nivel municipal. Sobre el particular resulta ilustrativo tener en cuenta que en la propia Ley 617 de 2000, al establecer las inhabilidades en el ámbito municipal se dispuso que no podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital quien “... dentro del año anterior haya sido **representante legal** de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social **en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito**” (Resaltados fuera de texto), con lo cual parecería claro que el legislador estaba al tanto del carácter excesivamente amplio de la clasificación “empresas de seguridad social” y que dentro de éstas, sólo las del régimen subsidiado dan lugar de manera especial a los conflictos de interés y demás dificultades que se quieren evitar.

El carácter sobre-comprensivo de la clasificación también se aprecia al considerar que la misma se aplica a los empleos o contratos con una empresa de seguridad social en el respectivo municipio, con lo cual abarca a empleos con empresas que no están sujetas a una particular intervención en ese municipio, pero que pueden tener una sede en el mismo, como, en el ejemplo que plantea el actor, ocurre con una caja de compensación familiar que no tiene afiliados en el municipio pero que si tiene en él una sede recreativa.

5.3.5.3. No obstante las dificultades que desde la perspectiva de la igualdad se han señalado, estima la Corte que las mismas no serían, por si solas, suficientes para declarar la inexecutable de las expresiones acusadas, por cuanto, tal como se ha señalado por la jurisprudencia constitucional, en materia de inhabilidades e incompatibilidades en los niveles territoriales existe un amplio margen de configuración para el legislador y las categorías empleadas en este caso tienen un alto contenido valorativo que podría caber dentro de ese ámbito de opción política. Sin embargo esas deficiencias sí se tornan en problemas de constitucionalidad, cuando a la valoración se incorpora el análisis sobre la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida adoptada.

5.3.6. La norma acusada establece una incompatibilidad para los concejales consistente en que no pueden ser empleados ni contratistas de determinado tipo de empresas. Esa diferencia de trato se justificaría en la pretensión de minimizar la confluencia de intereses derivada del desempeño simultáneo de una persona en los dos frentes, el público y el empresarial. Sin embargo al aplicar la incompatibilidad, de manera indiscriminada, a todo tipo de empleos y contratos, sin consideración a su naturaleza, su cuantía o el nivel decisorio en el que se desenvuelvan, la norma resulta desproporcionada y comporta una limitación no razonable de los derechos al trabajo y a la participación política. Tal conclusión se ve reforzada por el hecho de que la norma tampoco distingue en atención a las categorías de municipios, y por consiguiente no hace diferencia en razón del tiempo de dedicación a las actividades de servicio público y los niveles de compensación económica correspondientes.

Dada la especial afectación que la limitación contenida en la norma acusada comporta para el derecho al trabajo y, en sentido inverso, para el derecho de participación política, el juicio de razonabilidad que debe adelantar la Corte es más severo que el que de ordinario cabe aplicar al examen de las normas que establezcan inhabilidades o incompatibilidades.

A diferencia de lo que ocurre con aquellos empleados de dedicación exclusiva y que cuentan con una remuneración adecuada, a los concejales no se les puede exigir que, para privilegiar su condición como servidores públicos, prescindan de una actividad económica privada. No es admisible, pues, en el presente caso la opción que plantea el Ministerio Público y conforme a la cual los concejales son libres de continuar en su actividad como tales, o renunciar, para incorporarse a las actividades que les han sido prohibidas a los concejales, puesto que ello implica que, o, sin una razón suficiente, deben renunciar a su vocación de servicio público, o, para continuar en el servicio, deben afrontar un gravamen desproporcionado, que reduce sus opciones de enrolarse en una actividad económicamente productiva, en condiciones que no les resultan aplicables a personas que se encuentran en situaciones equivalentes.

Así, de acuerdo con la disposición acusada, quien trabaje en una empresa de seguridad social, cualquiera que sea el objeto de ésta y cualquiera que sea, también, el nivel del empleo, y resulte elegido concejal debe renunciar a su empleo, y a la fuente de los ingresos necesarios para su manutención, lo que de por sí, se convierte en un obstáculo para el ejercicio del derecho de participación política, y es, además, contrario a la igualdad, porque a personas que trabajen en otro tipo de empresas no se les hace la misma exigencia.

En principio, en función del amplio espectro con el que fue establecida la incompatibilidad, y sin perjuicio de que en escenarios más claramente delimitados la conclusión pudiese ser distinta, resulta una restricción desproporcionada impedir que los concejales puedan ejercer cualquier tipo de empleo o celebrar cualquier contrato con empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social, puesto que no todo empleo o contrato comporta una confluencia de intereses de tal modo significativa que justifique un tratamiento diferenciado. El mensajero de una empresa administradora de fondos de pensiones se encuentra desde esa perspectiva, en una situación equivalente a la de quien se desempeña como mensajero en cualquier otra empresa. Y no parece razonable que un médico que tenga contrato con una o varias EPSs en el régimen contributivo deba renunciar a los mismos si resulta elegido concejal. O que, en el mismo caso, para efectos prácticos, no obstante que no se encuentra legalmente inhabilitado, deba renunciar a postularse al concejo, porque de salir elegido debería renunciar a la fuente de sus ingresos profesionales. En este caso, la afectación de los derechos al trabajo y a la participación política es particularmente significativa porque la incompatibilidad objeto de examen, en la práctica, excluye a los profesionales de la salud, o de la posibilidad de servir como concejales o de la posibilidad de ejercer, en el ámbito del sistema de seguridad social, la actividad para la cual se formaron profesionalmente y de la cual derivan su sustento. Y lo mismo cabe decir de quien en ejercicio de una actividad comercial debe renunciar a una serie de contratos menores como condición para poder ejercer como concejal.

Cuando una incompatibilidad de esa naturaleza se establece de manera general, es claro que el propio ordenamiento jurídico debe contener las previsiones para que de ello no se derive una afectación del derecho de participación política de las personas y de la posibilidad del servidor público de obtener los ingresos necesarios para su sustento.

Cuando no es posible establecer esa incompatibilidad general, figura que tiene su propia racionalidad y sus propios condicionamientos²⁸, existen alternativas que permiten obtener el objetivo de minimizar la posibilidad de conflictos de interés, con una menor afectación de los

²⁸ Un régimen de incompatibilidades que excluya de manera general todo tipo de vinculación laboral o contractual, por ejemplo, no tiene como fin únicamente prevenir conflictos de interés, sino también, entre otros, asegurar la dedicación exclusiva del servidor público, evitar situaciones de subordinación laboral o contractual incompatibles con la dignidad propia del cargo, etc. En tal caso, por otra parte, como se ha dicho, en la medida en que se excluye la posibilidad de una fuente distinta de ingresos, el servidor público se ve adecuadamente remunerado por su función.

derechos señalados, que la que resulta del establecimiento de una incompatibilidad casuística.

En el caso concreto, la Ley 136 de 1994 contempla del siguiente modo el régimen de conflictos de interés de los concejales:

ARTÍCULO 70. CONFLICTO DE INTERÉS. Cuando para los concejales exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.

Los concejos llevarán un registro de intereses privados en el cual los concejales consignarán la información relacionada con su actividad económica privada. Dicho registro será de público conocimiento. Cualquier ciudadano que tenga conocimiento de una causal de impedimento de algún concejal, que no se haya comunicado a la respectiva corporación, podrá recusarlo ante ella.

Así mismo, de manera general, sobre esta materia en el Código Disciplinario Unico (Ley 734 de 2002) se dispone:

ARTÍCULO 40. *CONFLICTO DE INTERESES*. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.

De este modo tanto los propios concejales, como la ciudadanía en general, pueden evaluar en qué situaciones se presenta un conflicto de intereses entre las responsabilidades de un concejal y su desempeño como empleado o contratista de una empresa cualquiera, no solamente de las de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social.

Encuentra así la Corte, que el especial régimen de los concejales, y el carácter parcial de la incompatibilidad prevista en la norma, comporta que la misma afecte de manera significativa los derechos al trabajo y a la participación política, lo cual a su vez implica que en el juicio de constitucionalidad se deba ponderar el beneficio obtenido con la medida restrictiva, con el nivel de sacrificio que se impone a los derechos fundamentales.

En tal ponderación, y en la medida en que existe un medio distinto y menos gravoso que permite obtener, *mutatis mutandi* los mismos fines que la disposición acusada, encuentra la Corte que la misma es contraria a la Constitución y las expresiones que la contienen habrán de ser declaradas inexecutable.

Observa la Corte, finalmente que como quiera que la acusación contra la expresión “en el respectivo municipio” se fundamentaba en el efecto que la misma tenía en relación con la posibilidad de ser empleado o contratista de una determinada empresa, aspecto que será declarado inexecutable, pierde sustento la acusación contra ese aparte de la norma, que por

lo demás, resulta un complemento razonable del resto de la disposición porque es claro que la incompatibilidad que allí se establece solo tiene sentido en relación con actividades que se lleven a cabo en el respectivo municipio. Por esta razón, la mencionada expresión será declarada exequible.”

Fecha *ut supra*

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

Tomada de www.banrep.gov.co

Actualización: Pasto, Abril 1 de 2008
