



NULIDAD ELECTORAL - Contra el acto de elección del contralor departamental / NULIDAD DE LA ELECCIÓN DEL CONTRALOR DEPARTAMENTAL - Trámite y decisión de la medida cautelar por el *a quo* / EXHORTO

Al regular el curso del proceso de nulidad electoral, el artículo 277 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el último inciso, dispuso lo siguiente: “En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la Sala o Sección [...]”. (...). Advierte la Sala que lo procedente es que la medida cautelar de suspensión provisional del acto demandado sea decidida en el auto admisorio, que en este caso debía ser dictado por la Sala, por lo cual exhortará a la magistrada ponente del Tribunal Administrativo de Córdoba para que en adelante, en los procesos electorales, trámite estas solicitudes según lo previsto en la citada norma especial.

INHABILIDAD CONSTITUCIONAL DEL CONTRALOR DEPARTAMENTAL / CARGO PÚBLICO – Alcance de la noción / SERVIDOR PÚBLICO / EMPLEADO PÚBLICO - Vinculación legal y reglamentaria / TRABAJADOR OFICIAL – Vinculación mediante contrato de trabajo

[E]l análisis de la segunda instancia estará centrado en determinar si el cargo desempeñado por el señor Lozano Flórez corresponde a un cargo público de la rama ejecutiva departamental, según el criterio reiterado expuesto en los recursos de apelación y respaldado por la procuradora séptima delegada. Observa la Sala que al negar las pretensiones, el Tribunal Administrativo de Córdoba concluyó que el concepto de empleado público tiene alcance restringido, por lo cual no puede decirse que el demandado haya tenido esta condición en la medida en que no existió relación legal y reglamentaria y su vinculación fue hecha mediante contrato regulado por el Código Sustantivo del Trabajo. (...). [E]l artículo 272 de la Constitución que sustenta la inhabilidad alegada en la demanda, según la modificación introducida por el artículo 4º del Acto Legislativo 04 de 2019, señaló lo siguiente: “No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal”. (...). En lo que corresponde a este caso, es claro que no podía ser escogido contralor de Córdoba quien hubiere ocupado cargo público en la rama ejecutiva del nivel departamental en el año que precede a la elección que debe hacer la Asamblea. (...). Sin embargo, advierte la Sala que la alusión contenida en esas disposiciones al empleo público [artículo 122 y 125 de la Constitución Política] no ofrece solución concreta respecto del desempeño de cargo público que exige la restricción de orden constitucional prevista en el artículo 272. En las citadas disposiciones, la noción de empleo público está contemplada en términos genéricos e incluso aparece mencionada simultáneamente desde las perspectivas orgánica y funcional, según corresponda a la naturaleza de la entidad o a las actividades desarrolladas. Si bien dicha categoría jurídica general puede incluir a las distintas modalidades de servidores públicos que contempla la Constitución, lo cierto es que esta circunstancia no permite determinar que todos ejerzan cargo público. Entonces, con el fin de precisar los alcances del concepto de empleo público debe acudir a la Ley 909 de 2004, (...) que regulan esa figura, la carrera administrativa y la gerencia pública. (...). Según los alcances de esos preceptos [artículo 1, 5 y 19 de la Ley 909 de 2004], es claro que la noción de empleo público solo es aplicable a quienes estén vinculados mediante relación legal y reglamentaria, como expresamente lo estableció el artículo 1º de la disposición



legal. Aunque posteriormente el artículo 5º dispuso la clasificación de los empleos e indicó que la regla general es la carrera administrativa, no señaló que los trabajadores oficiales, exceptuados de la misma, tengan la calidad de empleados públicos. Y no podría hacerlo, dado que el artículo 123 de la Constitución los contempla como especies distintas dentro de género de servidor público. Es decir, la citada ley [909 de 2004] incluyó la clasificación de los empleos de las entidades y organismos del Estado, pero no sostuvo que todos sean públicos porque dicha denominación quedó reservada a quienes prestan servicios remunerados a través de relación legal y reglamentaria. Incluso, el artículo 19 adoptó la definición de empleo público ligada al desarrollo de la función pública, cuya conformación fue establecida por el artículo 1º de la Ley 909 de 2004 respecto de quienes estén vinculados legal y reglamentariamente. Así, desde la óptica precisa de esta regulación no puede decirse que el trabajador oficial, como parte del concepto genérico de servidor público descrito en la Constitución, desempeñe empleo público según la preceptiva de la Ley 909 de 2004. Adicionalmente, las características que tienen los miembros de las corporaciones públicas, los empleados del Estado y los trabajadores oficiales tampoco llevan a concluir que todos los servidores públicos ejercen cargo público. En los empleados públicos, la vinculación es hecha por relación legal y reglamentaria, que exige la designación, la posesión en el cargo, la previsión del empleo en la planta de personal y sus funciones están contempladas en las leyes y los reglamentos. En cambio, el trabajador oficial es vinculado en virtud de una relación bilateral basada en el contrato laboral regido por el Código Sustantivo del Trabajo y sus funciones son fijadas normalmente en el mismo contrato de trabajo. Es evidente, desde luego, que el trabajador oficial no está sujeto al régimen legal aplicable a quien ejerce un empleo público, lo que hace que no pueda señalarse que reúne las características para el desempeño de una labor de este carácter. Según el artículo 122 de la Constitución, no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, lo que da cuenta de la estrecha relación entre la existencia del empleo y la reglamentación de sus funciones, que también es predicable de los servidores públicos cuya vinculación y condiciones laborales están delimitadas por dichas regulaciones. Esta característica no puede deducirse de los trabajadores oficiales por cuanto su vinculación y sus relaciones laborales tienen lugar con motivo del contrato de trabajo regido por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo. Por lo anterior, hay correspondencia necesaria entre el empleo público y los servidores públicos sujetos a la relación legal y reglamentaria, no así entre dicha noción legal y los trabajadores oficiales no regulados por esa forma de acceso al servicio. (...). En el curso del proceso no fue desvirtuado que el [demandado] (...) se desempeñó como trabajador oficial en ejecución del contrato de laboral suscrito el 1º de febrero de 2016, que fue prorrogado y estaba regido por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, según la copia aportada por las partes con la demanda y la contestación. Es incuestionable que el demandado no estuvo vinculado mediante relación legal y reglamentaria y no cumplió funciones fijadas en la Constitución ni en la ley, pues sus actividades fueron señaladas en el contrato de trabajo y en el Manual de Organización y Funciones de Aguas de Córdoba. Precisa la Sala que el hecho de que el jefe del área de aseguramiento de la infraestructura y gestión social aparezca como cargo en el citado manual, tampoco demuestra que corresponda a un empleo público en Aguas de Córdoba. La inclusión del empleo correspondiente en esas condiciones obedece a que toda labor que vaya a ser desempeñada como parte de las actividades que desarrolla la empresa, en sus distintos niveles, exige normalmente una denominación. Entonces, comparte la Sala la conclusión a la cual llegó el Tribunal Administrativo de Córdoba según la cual el ejercicio del [demandado] (...) como trabajador oficial no puede tenerse como cargo público para efectos del artículo 272 de la Constitución. Esta interpretación está acorde con el alcance restrictivo que deben



tener las inhabilidades en el régimen jurídico colombiano, por tratarse de limitaciones a los derechos políticos y particularmente, en este caso, al derecho a ser elegido. El ámbito restringido dado a la noción de cargo público impide extender el impedimento previsto en el artículo 272 de la Constitución, para el acceso al cargo de contralor de entidades territoriales, a toda persona vinculada al Estado y a la administración. (...). La inhabilidad fijada en la norma superior está circunscrita al ejercicio de cargo público, lo cual hace que no pueda ser aplicada con alcances amplios al concepto genérico de servidores públicos.

NOTA DE RELATORÍA: La presente providencia cuenta con salvamento de voto presentado por el Magistrado Luis Alberto Álvarez Parra. En cuanto a que la noción de empleo público solo es aplicable a quienes estén vinculados mediante relación legal y reglamentaria, como expresamente lo estableció el artículo 1º de la Ley 909 de 2004, consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, providencia del 7 de abril de 2011, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación 25000-2325-000-2002-05450-01(0642-07). Sobre la estrecha relación entre la existencia del empleo y la reglamentación de sus funciones, que también es predicable de los servidores públicos cuya vinculación y condiciones laborales están delimitadas por dichas regulaciones, consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, providencia del 07 de abril de 2011, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación 25000-2325-000-2002-05450-01(0642-07). De la correspondencia necesaria entre el empleo público y los servidores públicos sujetos a la relación legal y reglamentaria, no así entre dicha noción legal y los trabajadores oficiales no regulados por esa forma de acceso al servicio, consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, providencia del 26 de julio de 2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 11001-03-25-000-2014-01511-00 (4912-14).

NULIDAD DE LA ELECCIÓN DEL CONTRALOR DEPARTAMENTAL – EI demandado no desempeñó cargo público

Al apelar la decisión de primera instancia, el actor invocó un concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública que a su juicio definió que el cargo público abarca a los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y trabajadores oficiales. Precisa la Sala que no es posible ahondar en la postura citada sobre el particular, puesto que el vínculo al cual remitió el demandante no corresponde propiamente a un concepto elaborado por el organismo, que incluya consideraciones sobre dicha noción jurídica, sino a un glosario sobre el tema. (...). Subraya la Sala que el aparte referido [de la sentencia C-767 de 1998] no contiene una conclusión de la alta corporación sobre el tema, por cuanto se trata de una consideración realizada sobre uno de los dos posibles sentidos que podría tener para los personeros el artículo 174 de la Ley 136 de 1994 frente a las inhabilidades establecidas para los alcaldes. Además, la norma a la cual aludió la Corte estableció la inhabilidad por haber ocupado cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio, lo cual en principio, a partir de la fórmula disyuntiva, lleva a señalar que dichas acepciones no tienen el mismo alcance jurídico. En apoyo de su criterio, el actor también acudió a un concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el que, según su manifestación, aseguró que la palabra cargo equivale a “empleo, dignidad y oficio”. Resalta la Sala que este argumento no aporta mayores elementos de juicio al análisis sobre los alcances del cargo público. (...). Advierte la Sala que la providencia a que hace referencia el actor [sentencia del 17 de mayo de 2018 contra la elección del contralor de Bogotá] no abordó la discusión planteada alrededor de los alcances de la noción de cargo público, ni la posibilidad de incluir a los trabajadores oficiales como modalidad de



esta noción. (...). Además, la Sala considera que no existe la alegada contradicción ni la falacia que según el actor y el procurador judicial hubo en la manifestación hecha por la gerente del organismo en el documento [certificación del 20 de diciembre de 2020, de la representante legal de Aguas de Córdoba] expedido sobre la vinculación que, desde el año 2016, tenía el demandado con la empresa. (...). Entiende la Sala que la afirmación contenida en el documento está referida a la ausencia de cargo público que requiere la vinculación legal y reglamentaria, a partir del nombramiento y la posesión, que desde luego no era el caso del demandado como trabajador oficial. Incluso, en la parte inicial certificó que el demandado prestó sus servicios a la empresa a través de contrato de trabajo a término fijo a nivel profesional, que estaba regido por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, lo que hace que tampoco pueda decirse que haya desconocido la existencia del empleo en la estructura organizacional, ni la vinculación del [demandado] (...). Lo anterior muestra que la empresa tiene clara la distinción que respalda la vinculación para una y otra modalidades de servidores públicos que podrían prestar sus servicios personales, según la relación que corresponda en cada caso. Concluye la Sala que el desempeño del demandado como jefe de área de aseguramiento de la infraestructura y gestión social, en virtud del contrato laboral regulado por el Código Sustantivo del Trabajo, no involucró el desempeño de cargo público exigido por el artículo 272 de la Constitución. Restaría, entonces, determinar si Aguas de Córdoba, como empresa oficial de servicios públicos domiciliarios, pertenece a la rama ejecutiva del departamento como lo exige la norma superior para la estructuración de la inhabilidad para ser contralor. No obstante, precisa la Sala que al no estar demostrado el primero de los elementos requeridos para la configuración de la citada inhabilidad de orden constitucional, como es el ejercicio de cargo público, no resulta necesario asumir el estudio de este segundo aspecto.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 122 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 123 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 125 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 272 / ACTO LEGISLATIVO 04 DE 2019 - ARTÍCULO 4 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 277 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 1 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 5 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 19

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 23001-23-33-000-2020-00053-01

Actor: JOSÉ VICENTE GONZÁLEZ VERGARA

Demandado: OMAR DARÍO LOZANO FLÓREZ - CONTRALOR DEPARTAMENTAL DE CÓRDOBA, PERÍODO 2020-2021





Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Noción de cargo público para la inhabilidad constitucional para los contralores de entidades territoriales

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por el procurador 33 judicial II administrativo y el actor contra la sentencia de abril 8 del presente año, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Segunda de Decisión, declaró probada la excepción de *inexistencia de inhabilidad* y negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

En nombre propio y en ejercicio del medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor José Vicente González Vergara presentó demanda en la cual formuló las siguientes pretensiones:

“1. Se declare la nulidad del acta de sesión ordinaria No. 7 de 31 de enero de 2020, proferida por la Asamblea Departamental de Córdoba por la cual se declara la elección del señor OMAR DARÍO LOZANO FLÓREZ como Contralor Departamental para el periodo 2020-2021, y del acta de sesión ordinaria 08 del 07 de febrero de 2020 por medio de la cual se aprueba el acta 07 de 31 de enero de 2020, lo anterior, por violación al régimen de inhabilidades previsto en el artículo 272 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019.

2. Como consecuencia [...] que se ordene a la Asamblea Departamental de Córdoba que efectúe la correspondiente elección de Contralor Departamental atendiendo al orden de la lista de elegibles conformada para el efecto el día 13 de enero de 2020, excluyendo de la misma al señor OMAR DARÍO LOZANO FLÓREZ por violación a régimen de inhabilidades previsto en el artículo 272 de la Constitución [...], modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019”. (Mayúsculas del texto original).

2. Hechos

En resumen, el fundamento fáctico de la demanda es el siguiente:

El actor señaló que la Asamblea de Córdoba expidió la Resolución 073 de noviembre 22 de 2019, mediante la cual abrió y reglamentó la convocatoria pública para la elección del contralor departamental para el periodo 2020-2021¹.

¹ Según el demandante, dicho acto fue modificado posteriormente mediante la Resolución 100 de noviembre 23 de 2019 en cuanto al cronograma de actividades del proceso de escogencia.



Agregó que practicada y superada la prueba de conocimientos, el 24 de diciembre del mismo año la corporación publicó en su página web los resultados de la valoración de los criterios de experiencia, educación, actividad docente y producción de obras en el ámbito fiscal de las hojas de vida de los aspirantes habilitados.

Indicó que después de resolver las reclamaciones de dos participantes, el 13 de enero de 2020 la Corporación Universitaria de la Costa remitió a la Asamblea el puntaje final consolidado de los candidatos en el siguiente orden: Tania Cristina Soto Petro (74,1), Mónica Marcela Mendoza Humanez (73,4), Omar Darío Lozano Flórez (72,9), Jorge Elías Figueroa Pacheco (72,1), Juan de la Cruz Martínez Petro (71,9) y María Alejandra Otero Humanez (50,4).

Añadió que el 14 del mismo mes y año, la duma publicó la terna para la escogencia del titular del cargo para el periodo 2020-2021 integrada por los aspirantes Tania Cristina Soto Petro, Mónica Marcela Mendoza Humanez y Omar Darío Lozano Flórez.

Sostuvo que en sesión ordinaria llevada a cabo el 31 de enero de 2020, el demandado fue elegido contralor departamental para el citado periodo, pese a que estaba constitucional y legalmente inhabilitado, según el artículo 272 de la Carta Política, ya que hasta enero de ese año estuvo vinculado como servidor público de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Aguas de Córdoba S.A., que tiene carácter oficial, como jefe del área de aseguramiento de la infraestructura y gestión social.

3. Normas violadas y concepto de la violación

El actor consideró que los actos acusados desconocieron los artículos 123, 126 y 272 de la Constitución, modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo 04 de 2019, al igual que los artículos 135, 139 y 275 de la Ley 1437 de 2011.

Precisó que el artículo 272 estableció que no podrá ser elegido contralor quien sea o haya sido en el último año miembro de la asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal.

Transcribió el texto del artículo 123 de la Carta y manifestó que según la doctrina, la jurisprudencia y los conceptos del Departamento Administrativo de la Función Pública, tienen la calidad de servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, los empleados públicos y los trabajadores oficiales, quienes están normados por un régimen público y además asumen actividades enmarcadas en los intereses primordiales del Estado.

Subrayó en particular que de acuerdo con la Constitución, la ley, los decretos y la múltiple jurisprudencia de las altas cortes, los trabajadores oficiales son servidores públicos vinculados mediante contrato laboral con la administración.



Explicó que están al servicio del Estado y de la comunidad y ejercen sus funciones a través de un cargo público, como a su juicio lo señaló el Consejo de Estado en fallo que resolvió la demanda contra la elección del contralor de Bogotá para el periodo 2016-2019 y la Corte Constitucional en la sentencia C-767 de 1998 sobre el tema.

Advirtió que hasta enero de 2020, el señor Omar Darío Lozano Flórez “[...] *ejerció en calidad de trabajador oficial, vinculado por contrato de trabajo el cargo público de Jefe de Área de Aseguramiento de la Infraestructura y Gestión Social de Aguas de Córdoba S.A., en la cual se le asignaron un conjunto de funciones y responsabilidades tendientes a satisfacer las necesidades permanentes del Estado, esto es, desempeñó un CARGO PÚBLICO*”. (Mayúsculas del texto original).

Sostuvo que Aguas de Córdoba es una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, con capital superior al 50 por ciento del Estado y constituida mediante escritura pública 1331 de julio 18 de 2008, como lo señaló el artículo décimo cuarto del manual de organización y funciones.

Enfatizó que las empresas de servicios públicos domiciliarios de esa naturaleza hacen parte de la rama ejecutiva del Estado, en este caso del orden departamental, en virtud de lo dispuesto en los artículos 38 y 68 de la Ley 489 de 1998.

Insistió en que el señor Lozano Flórez desempeñó durante el año inmediatamente anterior a la elección el cargo público de jefe del área de aseguramiento de la infraestructura y gestión social de Aguas de Córdoba, como consta en el documento suscrito por la gerente, el 18 de diciembre de 2019, en el cual le notificó la no renovación del contrato, al igual que en la certificación expedida el 26 de noviembre del mismo año por el director administrativo y financiero, en la que indicó que se encontraba vinculado a dicha entidad como servidor público.

Estimó que están cumplidos los tres supuestos fácticos establecidos por el inciso 10 del artículo 272 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019, para la configuración de la inhabilidad para ser elegido contralor.

Concluyó que esta circunstancia es causal de nulidad de la elección según el numeral 5º del artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al tiempo que afirmó que también fueron violados los principios de igualdad y del mérito de los otros aspirantes que cumplían los requisitos para el cargo.

4. Admisión de la demanda

Mediante auto de marzo doce de 2020, la magistrada sustanciadora del Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Segunda de Decisión, admitió la demanda y ordenó las notificaciones al contralor departamental, al presidente de la Asamblea de Córdoba, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.





En providencia separada de la misma fecha, ordenó correr traslado de la solicitud de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados, hecha por el actor en el mismo texto de la demanda, por el término de cinco días.

Después, por auto de septiembre cuatro del mismo año negó la medida cautelar al estimar que en la etapa inicial del proceso no estaba demostrado que el demandado estuviera inmerso en la causal de inhabilidad, pues el vínculo que une a la administración con un empleado público es la relación legal y reglamentaria, lo cual dista de la situación descrita en el contrato de trabajo, las certificaciones y el manual de funciones en virtud de las cuales estuvo vinculado a la empresa Aguas de Córdoba en calidad de trabajador oficial.

5. Contestación de la demanda

5.1. Contralor de Córdoba

Por intermedio de apoderado, manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda y señaló que el actor confunde los vocablos de cargo público y servidor público.

Explicó que la primera de esas nociones corresponde a los funcionarios que participan en la administración pública o de gobierno y acceden a su condición mediante la elección, el nombramiento, la selección, el concurso o el empleo.

Añadió que el término servidor público es el género, comprende a todos los que laboran con el Estado y tiene como especies a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

Destacó que una persona vinculada mediante contrato de trabajo no es empleado público, ya que no hay nombramiento previo ni posesión para el establecimiento de la relación con la entidad.

Indicó que la naturaleza del vínculo que distingue a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales genera una serie de particularidades que caracterizan a unos y otros, como las funciones y tareas a desempeñar y el aspecto salarial y prestacional, frente a lo cual citó apartes de algunos conceptos rendidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública sobre las diferencias entre ambas categorías.

Consideró que está debidamente comprobado que la vinculación del señor Lozano Flórez fue realizada mediante contrato de trabajo a término de un año, como lo establecen las normas laborales y bajo el régimen de derecho privado, por lo cual no ejerció cargo público.

Explicó que la terminación de dicho el acuerdo de voluntades estaba sujeta a lo preceptuado en los artículos 57 y 62 del Código Sustantivo del Trabajo y las funciones asignadas fueron enmarcadas dentro del nivel profesional, no en el ejecutivo ni en el directivo.





Afirmó que el actor hizo referencia tangencial, restrictiva y parcializada de la sentencia del Consejo de Estado que resolvió la demanda contra el contralor de Bogotá, sin advertir la clara diferencia conceptual que la misma decisión trajo a colación entre empleado público y trabajador oficial y sus regímenes público y privado.

Adujo que la finalidad del artículo 272 de la Constitución es evitar que quienes desempeñaron cargos y responsabilidades del alto nivel dentro de la jurisdicción del contralor que será elegido se postulen a dicha dignidad, pues tendrían la posibilidad de fiscalizar sus propios actos. Explicó que esto no sucedió porque el señor Lozano Flórez no tuvo a cargo ninguna función relacionada con manejo de recursos públicos, ordenación de gasto ni toma de decisiones, dado que su labor estaba limitada a la ejecución de las directrices dadas por la gerencia de la empresa en el marco del plan de aseguramiento.

Precisó que en Manual de Organización y Funciones de Aguas de Córdoba aportado por el actor corresponde al del año 2015 desactualizado y sin vigencia, pues el actual y aplicable en la fecha de inscripción a la convocatoria pública está contenido en la Resolución M-M-002 de enero 11 de 2018.

Resaltó que no hay en la empresa una planta de personal autorizada y aprobada por la Función Pública, que permita determinar la existencia de cargo público, como lo demuestra la certificación expedida por el gerente el 30 de abril de 2020 en la cual manifestó que el personal es vinculado mediante contratos de trabajo y de prestación de servicios y por este motivo, el demandado no fue nombrado, ni posesionado en esa entidad.

Advirtió que Aguas de Córdoba no es de creación constitucional ni legal, dado que fue constituida mediante escritura pública 1331 de julio 16 de 2008 registrada en la Cámara de Comercio de Montería, como empresa de servicios públicos cuyo régimen está sometido a lo establecido en la Ley 142 de 1994.

Destacó que se trata de una gestora de plan departamental de aguas, de carácter privado, autonomía administrativa y exceptuada de la aplicación del estatuto general de contratación, por cuanto no ejerce funciones como empresa de servicios públicos domiciliarios y esto la exonera del control fiscal por la Contraloría a nivel departamental.

Enfatizó que su actuación es adelantada dentro de la órbita del derecho privado y el análisis del organigrama permite señalar que en ningún aspecto tiene dependencia directa con la administración seccional en sus órganos directivos.

Aseguró que la ejecución del plan departamental de aguas tiene lugar en virtud de un convenio interadministrativo suscrito con el Departamento de Córdoba, sin que este factor la convierta en entidad de la rama ejecutiva, como indicó el actor.



Subrayó que según el Decreto 785 de 2005, que estableció el sistema de nomenclatura y clasificación de funciones de los empleos de las entidades territoriales reguladas por las disposiciones de la Ley 909 de 2004, las funciones cumplidas por el demandado no pueden ser tenidas como directivas que puedan generar impedimento para ser contralor.

Basado en las anteriores razones, solicitó negar las pretensiones de la demanda y propuso también la excepción de mérito de inexistencia de inhabilidad.

5.2. Asamblea de Córdoba

Por conducto de apoderado, también se opuso a las pretensiones de la demanda por estimar que carecen de fundamento fáctico y jurídico, que son incongruentes y no existe causal de nulidad que recaiga sobre la elección del contralor.

Precisó que la inhabilidad del artículo 272 de la Constitución surge por haber desempeñado cargo público, lo cual no está configurado en este caso porque el demandado nunca ocupó cargo de esa naturaleza sino que ejecutó un contrato laboral a término definido.

Citó las definiciones contenidas en los artículos 5º del Decreto Ley 3135 de 1968 y 1º de la Ley 909 de 2004 y señaló que en el momento de la inscripción a la convocatoria para el cargo, el señor Lozano Flórez estaba vinculado a Aguas de Córdoba mediante contrato de trabajo, por lo cual fungía como trabajador oficial.

Explicó que su régimen legal era aquel fijado en el contrato de trabajo, la convención colectiva, en el reglamento de trabajo y, en lo no previsto, en la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 1083 de 2015, sin que haya sido empleado público.

Destacó que Aguas de Córdoba no hace parte de la rama ejecutiva del orden departamental, pues es una sociedad comercial constituida mediante escritura pública 1331 de julio de 2008, inscrita en el registro de la Cámara de Comercio de Montería.

Agregó que corresponde a una empresa de servicios públicos con autonomía administrativa, que funge como gestora del plan departamental de aguas, no como empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios y está exceptuada de la aplicación del Estatuto General de Contratación.

Explicó que en dicha condición, la empresa tiene a cargo la gestión, implementación, seguimiento, ejecución y responsabilidad de ejercer el control de las obras requeridas para mejorar la prestación de los servicios de agua.

Señaló que no cuenta con planta de personal avalada por el Departamento Administrativo de la Función Pública y sostuvo que el personal está vinculado por contratos de trabajo y de prestación de servicios, como dispuso el Manual de Organización y Funciones.



Manifestó que la verificación hecha en el organigrama de Aguas de Córdoba permite determinar que no existe ningún tipo de subordinación ni dependencia, administrativa ni financiera, entre la sociedad y el departamento de Córdoba.

Consideró que el demandante actuó con temeridad al aportar un manual de funciones de la empresa del año 2015, que está desactualizado porque el que se encuentra vigente es el contenido en la Resolución M-002 de enero 11 de 2018.

Insistió en que la vinculación del demandado fue hecha mediante contrato de trabajo con la empresa gestora del plan departamental de aguas, razón por la que no estaba inhabilitado para desempeñar el cargo para el cual fue elegido por la Asamblea de Córdoba.

6. Actuaciones posteriores

El nueve de diciembre de 2020 fue llevada a cabo la audiencia inicial en cuyo desarrollo, la magistrada sustanciadora señaló que no existía irregularidad que invalidara el normal curso del proceso y consideró que la solicitud hecha por el agente del Ministerio Público para que el auto que resolvió la suspensión provisional fuera dictado por la Sala era extemporánea, no concretó una petición de nulidad y además la providencia estaba en firme.

Agregó que en las contestaciones de la demanda no fueron propuestas excepciones previas.

Luego, el litigio fue fijado en los siguientes términos:

“i. Si el acto de elección de señor Omar Darío Lozano Flórez como Contralor Departamental de Córdoba para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2020 al 31 de diciembre de 2021 contenido en el acta de sesión ordinaria No. 07 de 31 de enero de 2020, es nulo por infracción al régimen de inhabilidades previsto en el artículo 272 de la Constitución Política.

Concretamente se alega que el accionado Omar Darío Lozano Flórez fungió como servidor público de la empresa de servicios públicos domiciliarios Aguas de Córdoba S.A. en el cargo de Jefe de Área de Aseguramiento de la Infraestructura y Gestión Social hasta el mes de enero de 2020, por lo que se indica que ocupó cargo público en la rama ejecutiva departamental en el último año anterior a su elección.

ii. Analizar si por el contrario, como lo afirma la defensa del señor Omar Darío Lozano Flórez al ser elegido como Contralor Departamental de Córdoba para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2020 al 31 de diciembre de 2021, no se encontraba incurso en inhabilidad alguna”.

Posteriormente, dispuso tener como pruebas los documentos aportados por las partes con la demanda y las contestaciones y ordenó librar los oficios para el recaudo de aquellas solicitadas por el actor y el procurador 33 judicial II.



Prescindió de la audiencia de pruebas.

7. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Córdoba aseguró que el demandado fue contratado por Aguas de Córdoba como jefe del área de aseguramiento de la infraestructura y gestión social, por lo cual se comprometió a la prestación de servicios profesionales con eficiencia y eficacia y al cumplimiento de las funciones establecidas en el manual de la entidad.

Explicó que en cuanto a las funciones, el contrato de trabajo allegado al proceso consignó, en la cláusula séptima, entre otras, las siguientes: Apoyar en el desarrollo de las diferentes actividades del área de aseguramiento, apoyar y gestionar actividades en la prestación y asistencia a los operadores de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo en aspectos legales, administrativos, financieros, comerciales, técnicos y operativos y acompañamiento a los municipios del departamento en el proceso de certificación, según la Ley 1176 de 2007.

También el cumplimiento de esta última labor y la coordinación de capacitación mediante directrices del Ministerio de Vivienda, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Corporación Autónoma Regional en temas referentes al sector agua potable y saneamiento básico, descertificación de municipios, calidad y cobertura de los servicios, implementación y actualización de tarifas y cargue de información en el Sistema Único de Información (SUI), acompañamiento en el estudio técnico, jurídico, administrativo, operativo y financiero de viabilidad de la prestación de servicios públicos, acompañamiento y coordinación de mesas de trabajo con la cartera de Vivienda para socializar y revisar el cumplimiento de las actividades dentro del plan de aseguramiento, elaborar y presentar los estudios previos de necesidad que requiera su área y demás designadas por la gerencia y que disponga el manual de funciones.

Agregó que el Manual de Organización y Funciones de Aguas de Córdoba contenido en la Resolución M-002 de enero 11 de 2018, identificó el empleo de jefe de oficina de aseguramiento de la infraestructura y gestión social y señaló lo siguiente: naturaleza del cargo como de contrato laboral a término fijo.

Sostuvo que igualmente describió como propósito principal del empleo: *“Velar por la funcionalidad de las obras ejecutadas en el marco del Plan Departamental de Aguas, Prestar Asistencia a los operadores de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo en aspectos legales, administrativas, financieras, comerciales, técnicas operativas. En el campo social velara por el mejoramiento de la calidad de vida de la población y especialmente de los sectores sociales donde se realizan los proyectos, socializar los proyectos y lograr sensibilizar sobre la importancia de la realización y funcionamiento de los proyectos en la población. Todo ello en estricto cumplimiento de la ejecución de políticas Nacionales y locales inmersas en los Planes de Departamentales de agua”*.



Señaló que la certificación suscrita por la gerente de Aguas de Córdoba demostró que la vinculación del señor Lozano Flórez con la empresa tuvo lugar en el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2016 y el 1º de febrero de 2020, pues el contrato de trabajo se dio por terminado, por mutuo acuerdo de las partes, el 14 de enero de 2020.

Resaltó que en el documento también dejó constancia que dicha sociedad *“no cuenta con planta de personal avalada por la Función Pública, para el desarrollo de sus actividades, el personal a desempeñarlas, es contratado mediante Contratos laborales de trabajo y de prestación de servicios profesionales”*.

Consideró que Aguas de Córdoba es una empresa de carácter oficial dedicada a la prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo y sus actividades complementarias, que hace parte del sector descentralizado por servicios del orden departamental y se encuentra regulada por la Ley 142 de 1994, que en lo referente al régimen laboral contempló en su artículo 41 que las personas que presten sus servicios en este tipo de empresas se someten a las normas del Código Sustantivo de Trabajo.

Afirmó que las pruebas documentales aportadas al proceso constatan sin lugar a equívocos que el demandado se vinculó a la citada sociedad mediante contrato a término fijo, sujeto a las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo de Trabajo, de lo cual sigue que tuvo la calidad de trabajador oficial.

Explicó que lo anterior, *“[...] teniendo en cuenta que no se le puede catalogar como **empleado público** que ocupe un cargo público en la medida en que no existió una relación legal y reglamentaria entre el demandado y el Estado, por el contrario, el señor Lozano Flórez fue vinculado se itera, mediante contrato de trabajo que, según su texto en armonía con lo dispuesto en el artículo 41 ibídem, se rige por el **Código Sustantivo de Trabajo** [...]”*. (Negritas del texto original).

Recordó que según la jurisprudencia, el concepto de empleado público por regulación constitucional y legal tiene alcance restringido, por lo cual advirtió que no comparte la tesis expuesta por el demandante y el agente del Ministerio Público en virtud de la cual incurrió en la causal de inhabilidad contenida en el artículo 272 de la Constitución, toda vez que la causal está referida a las personas que hayan ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal, lo cual no se acompasa con la situación del demandado como, quien tuvo la calidad de trabajador oficial.

Destacó que por constituir restricciones al acceso a los cargos públicos, las inhabilidades deben interpretarse de manera restrictiva y taxativa, sin que sea viable ampliar su aplicación a supuestos de hecho no regulados por el legislador e insistió en que el señor Lozano Flórez no ejerció cargo público según el marco normativo del artículo 272 de la Carta, lo que hace que el proceso de elección haya respetado los principios de igualdad, moralidad y prevalencia del interés general.



Subrayó que, en contraste, “[...] la tesis del demandante implica que incluso los servidores contratados como auxiliar administrativo, secretario, etc. que cumplan los requisitos para el cargo de contralor al interior de una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial se encontrarían cobijados dentro de la inhabilidad invocada, situación que según se observa afectaría de manera superlativa los derechos políticos de este tipo de servidores «a elegir y ser elegido» [...]”.

Indicó que el ahora contralor de Córdoba no va a realizar control de sus propias actuaciones y tampoco se visualiza que la ejecución del contrato de trabajo descrito le otorgara capacidad de influencia sobre la corporación pública encargada de la elección, circunstancia que sí rompería las condiciones de igualdad en la competencia por el acceso al cargo.

Concluyó que no está configurado el presupuesto de la inhabilidad contenida en el artículo 272 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019, relacionado con la conducta de haber ocupado cargo público en la rama ejecutiva, razón por la cual negó las pretensiones de la demanda.

8. Los recursos de apelación

8.1. Procurador 33 Judicial II Administrativo

Enfatizó la naturaleza de Aguas de Córdoba como sociedad de carácter oficial bajo la fórmula de sociedad anónima por acciones, en el marco de la Ley 142 de 1994, autorizada mediante la Ordenanza 04 de 2008, con capital accionario netamente público.

Resaltó que a pesar de tratarse de una empresa de servicios públicos y que sus actos sean gobernados por las normas de derecho privado, no conlleva ni tiene porque mutar el carácter oficial a una de naturaleza privada, ya que fue autorizada por el citado acto para prestar servicios públicos.

Estimó que es pacífico en el debate que el señor Lozano Flórez ostentaba la calidad de trabajador oficial en la empresa desde el 1º de febrero de 2016 y hasta el 14 de enero de 2020, cumpliendo funciones como jefe del área de aseguramiento de la infraestructura y gestión social.

Señaló que en abril de 2020, la gerente de Aguas de Córdoba dio cuenta de la vinculación contractual del demandado y sus extremos temporales, “[...] pero insólitamente abona que esa empresa “... no cuenta con planta de personal avalada por la Función Pública, ...”.

Indicó que esto desconoce el artículo 122 constitucional, que dispuso que para proveer los cargos públicos de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto, dado que se trata de un servidor público denominado trabajador oficial, conforme la clasificación de los artículos 123 y 125 de la Carta.



Explicó que al referirse a la carrera administrativa, la última de esas normas indistintamente aludió a la expresión “*Los empleos en los órganos y entidades del Estado*” y reguló la forma de vinculación general al servicio público mediante concurso, a excepción de los servidores elección popular, de libre nombramiento y remoción y los trabajadores oficiales, “[...] *lo cual significa que, si bien no ingresan al servicio por concurso, no por ello no ocupan empleos públicos [...]*”.

Agregó que el asunto se torna más desconcertante al tener en cuenta que al expediente fue allegada la Resolución RI 003 de septiembre 30 de 2015, mediante la cual la gerente ajustó el Manual de Organización y Funciones de Aguas de Córdoba, adoptó la estructura orgánica y contempló entre sus dependencias el área donde se encontraba vinculado como trabajador oficial el señor Lozano Flórez.

Precisó que el demandado venía vinculado y cumpliendo las funciones de jefe de área de aseguramiento de la infraestructura y gestión social, en un cargo de la empresa, contrario a lo inicialmente predicado en certificación de la mencionada directiva.

Aclaró que posteriormente la Resolución M-002 de enero 11 de 2018 ajustó y actualizó el Manual de Organización y Funciones y dispuso en el artículo 17 adoptar el manual de funciones de los cargos, entre esos el del señor Lozano Flórez, lo que a su juicio hace falaz afirmar la inexistencia de la vinculación como trabajador oficial en la empresa en un cargo de esta entidad.

Basado en un concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado², aseguró que la noción de cargo público del artículo 272 de la Constitución coincide con la de empleo público, ya que incluso los artículos 122 y 125 hicieron a las mismas como equivalentes y por esto no es dable asignarles acepciones diferentes.

Advirtió que el artículo 123 de la Carta agrupó los servidores públicos en tres especies, como son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales, quienes acceden al servicio de manera diferente pero esto no los excluye de la citada calidad y al vincularse al Estado lo hacen ocupando cargos o empleos en las respectivas plantas de personal creadas para dotar la estructuras dispuestas para entidades públicas.

Manifestó que respecto de los trabajadores oficiales, el Decreto 1083 de 2015 señaló que su vinculación se hace mediante contrato de trabajo, sin que dicha forma de acceso lo prive de su calidad de servidor público, por lo cual “[...] *ocupa cargo público, o empleo público, y siendo así es sujeto pasible de la prohibición constitucional inhabilitante del artículo 272 en punto a la elección de Contralores territoriales*”.

² La referencia corresponde a Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de febrero cinco de 2019, radicación 11001-03-06-000-2018-00233-00 (2405), M.P. Álvaro Namén Vargas.



Consideró que cuando el *a quo* entendió que solo pueden ocupar cargos públicos quienes se vinculan al Estado como empleados públicos incurre en un “*yerro fenomenal*”, por cuanto a los cargos o empleos públicos acceden no solo los empleados públicos sino los miembros de las corporaciones públicas y los trabajadores oficiales.

8.2. Parte actora

Afirmó que la sentencia va en contravía de las disposiciones legales y de la jurisprudencia de esta corporación que soportan la tesis según la cual el demandado estaba inhabilitado para ser elegido contralor, en virtud del artículo 272 de la Constitución, ya que ocupó cargo público dentro de la rama ejecutiva del nivel departamental dentro del año anterior a su escogencia.

Manifestó que el artículo 123 de la Carta Política estableció que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales, como lo tiene reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Insistió en que hasta enero de 2020, el señor Lozano Flórez estuvo vinculado como servidor público, en la modalidad de trabajador oficial, de la empresa de servicios públicos domiciliarios Aguas de Córdoba en el cargo de jefe de área de aseguramiento de la infraestructura y gestión social.

Aseguró que al definir el cargo público, el Departamento Administrativo de la Función Pública incluyó a los miembros de corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores oficiales y reiteró que la tesis del Tribunal Administrativo de Córdoba es contraria a la Constitución, la cual es clara en señalar que los trabajadores oficiales son servidores públicos.

Adujo que también va en oposición al precedente del Consejo de Estado que en casos similares ha considerado que los trabajadores oficiales ejercen cargo público, como “[...] *en providencia reciente a propósito de dirimir demanda de nulidad de la elección del Contralor Distrital de Bogotá para el período 2016-2019, estableció que el demandado en aquel proceso, no estaba incurso en inhabilidad alguna puesto que no ejerció cargo público, ya que en su anterior empleo, no había ejercido ni como empleado público ni como trabajador oficial*”.

Explicó que así mismo, en sentencia C-767 de 1998 la Corte Constitucional, al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 174 literal a) y artículo 95 numeral 40 de la Ley 136 de 1994, indicó que son los trabajadores oficiales y los empleados públicos quienes ejercen cargo público.

Reiteró que las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial como Aguas de Córdoba, hacen parte de la rama ejecutiva del Estado y en el caso que nos ocupa del orden departamental, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 489 de 1998.





Advirtió que a pesar de tratarse de una empresa constitucionalmente admisible y de que sus actos sean gobernados por las normas del derecho privado, esto no conlleva a mutar el carácter oficial a una de naturaleza privada, pues fue autorizada por una ordenanza para prestar servicios públicos y su capital es netamente público.

Agregó que al expediente fue aportada la Resolución R 003 de septiembre 30 de 2015 mediante la cual la gerente ajustó el Manual de Organización y Funciones de Aguas de Córdoba. Sostuvo que ese acto adoptó la estructura orgánica de la empresa y contempló entre sus dependencias el área en la que laboró el señor Lozano Flórez, lo que quiere decir que venía vinculado como trabajador oficial cumpliendo las funciones de jefe de área de aseguramiento de la infraestructura y gestión social, contrario a lo que certificó la misma gerente.

Señaló que el artículo 277 de la Constitución habla del empleo público, aludió a la manifestación hecha por la Sala de Consulta y Servicio Civil y sostuvo que *"el diccionario de la lengua española señala que la palabra "cargo" significa "empleo, dignidad, oficio"*.

Pidió revocar la sentencia apelada al concluir que el demandado se encontraba incurso en la inhabilidad fijada en el artículo 272 de la Carta, modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 04 de 2019, por lo cual incurrió en la causal de nulidad prevista en el artículo 275 numeral 5º de la Ley 1437 de 2011.

9. Alegatos de conclusión

9.1. Contralor de Córdoba

Su apoderado aseguró que el recurso del procurador judicial hizo referencia a la Ordenanza 04 de 2008 que no hace parte del acervo probatorio y reiteró que el demandado estuvo vinculado a Aguas de Córdoba mediante contrato de trabajo a término definido. Resaltó que desarrolló funciones profesionales que no están relacionadas con el nivel directivo, ejecutivo, asesor, manejo de recursos públicos, ordenación de gasto ni toma de decisiones de la empresa porque simplemente era un ejecutor de órdenes dentro del plan de aseguramiento de aguas, por lo cual descartó que estuviera incurso en inhabilidad.

9.2. Asamblea Departamental

El apoderado indicó que las apelaciones no objetaron las consideraciones hechas por el tribunal, advirtió que estuvieron sustentadas en un manual de funciones obsoleto del año 2015 y precisó que el vigente es aquel expedido mediante Resolución M-002 de 2018. Insistió en que el demandado tuvo la calidad de trabajador oficial, a través de contrato de trabajo, sin que haya ocupado cargo público y reiteró que la empresa no cuenta con planta de personal avalada por la Función Pública. Paralelamente, solicitó desestimar y/o declarar desiertos los



recursos por considerar que no son claros ni precisos, son fraudulentos y adicionalmente carecen de la debida sustentación.

10. Concepto del Ministerio Público

La procuradora séptima delegada ante esta corporación manifestó que está de acuerdo con la interpretación hecha por los recurrentes en las apelaciones, pues a su juicio no solo pueden ocupar cargos públicos quienes se vinculen al Estado como empleados públicos mediante relación legal y reglamentaria.

Explicó que también acceden a dicha dignidad los miembros de las corporaciones públicas y los trabajadores oficiales, en calidad de servidores públicos como concepción genérica englobante, según lo preceptuado en el artículo 125 de la Constitución.

Agregó que en los términos del concepto marco 07 de 2017 expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, a partir de lo prescrito en el artículo 123 de la Carta el término servidor público es genérico e incluye varias especies, como los empleados y trabajadores del Estado denominados empleados públicos y trabajadores oficiales.

Estimó que el *a quo* confundió que los servidores públicos en la modalidad de trabajadores oficiales “[...] no ocupan un cargo público, bajo el supuesto que se vinculan al Estado mediante contrato de trabajo, cuando lo cierto, es que de las normas constitucionales y legales, no es posible extraer semejante deducción, como quiera que el tipo de vinculación al servicio público Estatal, como en este caso, mediante contrato de trabajo, no tiene incidencia para determinar ni la calidad de servidor público, ni mucho menos, si el titular ocupa un cargo o empleo público, como quiera que fue el constituyente en los artículos 123 y 125 el que determinó tales extremos”.

Destacó que si bien los trabajadores oficiales se vinculan mediante relación bilateral, no por esta razón puede considerarse válidamente que no ocupen un cargo público, entendido desde una noción legal, en virtud de los artículos 2º del Decreto Ley 770 de 2005 y 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, como aquel que responde al conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Señaló que el Tribunal Administrativo de Córdoba distinguió en forma equívoca a los trabajadores oficiales de los trabajadores que se rigen por el derecho privado, quienes son vinculados a la administración mediante un contrato según las normas del Código Sustantivo de Trabajo. Añadió que esta regulación tampoco incide en la calidad de servidor público o si ocupa un empleo o cargo público, como quiera que no es el intérprete quien debe definir este aspecto por ser ámbito de privilegio asignado al constituyente y al legislador.



Consideró que el régimen previsto en la Ley 142 de 1994, dada la naturaleza jurídica de Aguas de Córdoba, no muta la calidad de servidor público a servidor del sector privado, ya que con fundamento en la noción legal cargo público no está destinado a satisfacer fines particulares y en virtud del artículo 365 de la Constitución los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado.

Concluyó que el demandado estaba inhabilitado para postularse como candidato a contralor departamental en aplicación del artículo 272 de la Carta, por cuanto ocupaba un cargo público en la empresa de naturaleza oficial de Córdoba, como jefe de área de aseguramiento de la infraestructura y gestión social, por lo cual solicitó revocar la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Según el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para conocer las apelaciones interpuestas contra la sentencia de abril 8 del presente año, dictada por el Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Segunda de Decisión.

2. Cuestión previa: trámite y decisión de la medida cautelar por el *a quo*

En el expediente digital consta que en el texto de la demanda, el actor pidió la suspensión provisional de los efectos del acto que declaró la elección del contralor de Córdoba.

La demanda fue admitida por la magistrada sustanciadora mediante providencia de marzo 12 de 2020 y por auto de la misma fecha ordenó el traslado de la medida cautelar, que después fue negada por la funcionaria el cuatro de septiembre del citado año.

Al regular el curso del proceso de nulidad electoral, el artículo 277 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el último inciso, dispuso lo siguiente: ***“En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la Sala o Sección [...]”***. (Negrillas fuera del texto).

Advierte la Sala que lo procedente es que la medida cautelar de suspensión provisional del acto demandado sea decidida en el auto admisorio, que en este caso debía ser dictado por la Sala, por lo cual exhortará a la magistrada ponente del Tribunal Administrativo de Córdoba para que en adelante, en los procesos electorales, trámite estas solicitudes según lo previsto en la citada norma especial.

3. Acto demandado





Es el acta número 7 correspondiente a la sesión ordinaria celebrada el 31 de enero de 2020 por la Asamblea de Córdoba, mediante la cual eligió al señor Omar Darío Lozano Flórez como contralor departamental para el periodo 2020-2021³.

4. Problema jurídico

A partir del litigio fijado en este proceso y del marco propuesto en los recursos de apelación, corresponde a esta corporación resolver si confirma, revoca o modifica la sentencia impugnada, para lo cual deberá establecer si el demandado se encontraba inhabilitado para ser elegido contralor departamental del Córdoba en virtud de la preceptiva contenida en el artículo 272 de la Constitución, modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo 04 de 2019.

5. El asunto de fondo

Previamente al análisis, puede verse que junto al alegato de conclusión el apoderado de la Asamblea de Córdoba solicitó desestimar y/o declarar desiertos los recursos de apelación al indicar que carecen de la debida sustentación.

Subraya la Sala que la sustentación consiste básicamente en la exposición de aquellas razones que el recurrente pone a consideración del superior jerárquico para manifestar su desacuerdo con la decisión de primer grado, independientemente del criterio que la parte contraria pueda tener sobre sus alcances.

En este caso, los memoriales de apelación cumplieron con este requisito de orden procesal, ya que el demandante y el procurador 33 judicial II Administrativo ante el Tribunal Administrativo de Córdoba expresaron las razones de disenso respecto de la decisión que negó las pretensiones de la demanda.

Hecha esta precisión y al abordar el estudio de la controversia, la Sala coincide con la señora agente del Ministerio Público en el sentido de que los aspectos relacionados con la naturaleza jurídica de Aguas de Córdoba como empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial y la vinculación del demandado a dicha empresa hasta enero 14 de 2020, mediante contrato laboral a término definido y como trabajador oficial, no fueron cuestionados por el *a quo* ni discutidos por las partes frente a la alegada inhabilidad que sustenta la demanda.

5.1. El alcance de la noción de cargo público

Teniendo en cuenta lo anterior, el análisis de la segunda instancia estará centrado en determinar si el cargo desempeñado por el señor Lozano Flórez corresponde a un cargo público de la rama ejecutiva departamental, según el criterio reiterado expuesto en los recursos de apelación y respaldado por la procuradora séptima delegada.

³ El actor también incluyó como parte de las pretensiones la anulación del acta de la sesión de febrero 8 de 2020, por la cual la Asamblea Departamental aprobó el acta número 7 acusada.



Observa la Sala que al negar las pretensiones, el Tribunal Administrativo de Córdoba concluyó que el concepto de empleado público tiene alcance restringido, por lo cual no puede decirse que el demandado haya tenido esta condición en la medida en que no existió relación legal y reglamentaria y su vinculación fue hecha mediante contrato regulado por el Código Sustantivo del Trabajo.

Frente a esta postura, el demandante, el procurador 33 Judicial II Administrativo y la señora agente del Ministerio Público manifestaron su desacuerdo por estimar básicamente que dicha noción incluye a los servidores públicos, independientemente de las modalidades establecidas para su vinculación.

La preceptiva contenida en el artículo 272 de la Constitución que sustenta la inhabilidad alegada en la demanda, según la modificación introducida por el artículo 4º del Acto Legislativo 04 de 2019, señaló lo siguiente:

*“No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la asamblea o concejo que deba hacer la elección, **ni quien haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal**”.*
(Negritas fuera del texto).

En lo que corresponde a este caso, es claro que no podía ser escogido contralor de Córdoba quien hubiere ocupado cargo público en la rama ejecutiva del nivel departamental en el año que precede a la elección que debe hacer la Asamblea.

Subraya la Sala que el artículo 123 de la Constitución señaló que *“Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”.*

Como fue expuesto por el actor y el procurador judicial, otras normas de la misma Carta Política también hacen referencia al empleo público, específicamente los artículos 122 y 125 al regular las funciones y el sistema de carrera como régimen general.

Así, el artículo 122 dispuso lo siguiente:

“Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”.

A su vez, el artículo 125, en su inciso primero, indicó lo siguiente:

“Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.



Sin embargo, advierte la Sala que la alusión contenida en esas disposiciones al empleo público no ofrece solución concreta respecto del desempeño de cargo público que exige la restricción de orden constitucional prevista en el artículo 272.

En las citadas disposiciones, la noción de empleo público está contemplada en términos genéricos e incluso aparece mencionada simultáneamente desde las perspectivas orgánica y funcional, según corresponda a la naturaleza de la entidad o a las actividades desarrolladas.

Si bien dicha categoría jurídica general puede incluir a las distintas modalidades de servidores públicos que contempla la Constitución, lo cierto es que esta circunstancia no permite determinar que todos ejerzan cargo público⁴.

Entonces, con el fin de precisar los alcances del concepto de empleo público debe acudir a la Ley 909 de 2004, mediante la cual el Congreso de la República expidió las normas que regulan esa figura, la carrera administrativa y la gerencia pública.

En cuanto a su objeto, la norma dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 1º. OBJETO DE LA LEY. *La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.*

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución y en la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;*
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;*
- c) Empleos de periodo fijo;*
- d) Empleos temporales”.*

Sobre la clasificación, señaló lo siguiente:

“ARTÍCULO 5º. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. *Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:*

⁴ El Consejo de Estado ha señalado que el ordenamiento jurídico en algunas ocasiones se refiere indistintamente a las categorías de “empleo público” o “cargo público”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 7 de abril de (2011, radicación 25000-2325-000-2002-05450-01(0642-07).



1. Los de elección popular, los de periodo fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

[...].”

Acerca de la definición, el artículo 19 estableció lo siguiente:

“ARTÍCULO 19. EL EMPLEO PÚBLICO.

El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

[...].”

Según los alcances de esos preceptos, es claro que la noción de empleo público solo es aplicable a quienes estén vinculados mediante relación legal y reglamentaria, como expresamente lo estableció el artículo 1º de la disposición legal⁵.

Aunque posteriormente el artículo 5º dispuso la clasificación de los empleos e indicó que la regla general es la carrera administrativa, no señaló que los trabajadores oficiales, exceptuados de la misma, tengan la calidad de empleados públicos. Y no podría hacerlo, dado que el artículo 123 de la Constitución los contempla como especies distintas dentro de género de servidor público.

Es decir, la citada ley incluyó la clasificación de los empleos de las entidades y organismos del Estado, pero no sostuvo que todos sean públicos porque dicha denominación quedó reservada a quienes prestan servicios remunerados a través de relación legal y reglamentaria.

Incluso, el artículo 19 adoptó la definición de empleo público ligada al desarrollo de la función pública, cuya conformación fue establecida por el artículo 1º de la Ley 909 de 2004 respecto de quienes estén vinculados legal y reglamentariamente.

Así, desde la óptica precisa de esta regulación no puede decirse que el trabajador oficial, como parte del concepto genérico de servidor público descrito en la Constitución, desempeñe empleo público según la preceptiva de la Ley 909 de 2004.

Adicionalmente, las características que tienen los miembros de las corporaciones públicas, los empleados del Estado y los trabajadores oficiales tampoco llevan a concluir que todos los servidores públicos ejercen cargo público.

⁵ Al respecto puede consultarse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 7 de abril de 2011, radicación 25000-2325-000-2002-05450-01(0642-07).



En los empleados públicos, la vinculación es hecha por relación legal y reglamentaria, que exige la designación, la posesión en el cargo, la previsión del empleo en la planta de personal y sus funciones están contempladas en las leyes y los reglamentos.

En cambio, el trabajador oficial es vinculado en virtud de una relación bilateral basada en el contrato laboral regido por el Código Sustantivo del Trabajo y sus funciones son fijadas normalmente en el mismo contrato de trabajo.

Es evidente, desde luego, que el trabajador oficial no está sujeto al régimen legal aplicable a quien ejerce un empleo público, lo que hace que no pueda señalarse que reúne las características para el desempeño de una labor de este carácter.

Según el artículo 122 de la Constitución, no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, lo que da cuenta de la estrecha relación entre la existencia del empleo y la reglamentación de sus funciones, que también es predicable de los servidores públicos cuya vinculación y condiciones laborales están delimitadas por dichas regulaciones⁶.

Esta característica no puede deducirse de los trabajadores oficiales por cuanto su vinculación y sus relaciones laborales tienen lugar con motivo del contrato de trabajo regido por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo.

Por lo anterior, hay correspondencia necesaria entre el empleo público y los servidores públicos sujetos a la relación legal y reglamentaria, no así entre dicha noción legal y los trabajadores oficiales no regulados por esa forma de acceso al servicio⁷.

Frente a la situación del demandado, consta en el expediente que según la escritura pública número 1331 de julio 16 de 2008 protocolizada en la Notaría Primera del Círculo de Montería, Aguas de Córdoba fue constituida como sociedad anónima por acciones de carácter oficial.

Su objeto social es principalmente la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado aseo y actividades complementarias de acuerdo con los artículos 14.5, 17 y siguientes de la Ley 142 de 1994.

En el artículo primero, la escritura pública indicó que el régimen jurídico será aquel establecido para las empresas de servicios públicos domiciliarios, especialmente

⁶ Según el Consejo de Estado, la noción de empleo público basada en el artículo 122 superior fundamenta el modelo constitucional de función pública, como puede verse en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 07 de abril de 2011, radicación 25000-2325-000-2002-05450-01(0642-07).

⁷ Como lo tiene señalado el Consejo de Estado, "(...) las categorías de «empleado público» y «trabajador oficial» se encuentran definidas y diferenciadas de manera precisa y clara en nuestro ordenamiento jurídico (...) la naturaleza del vínculo que liga a los empleados públicos y trabajadores oficiales con la administración pública, genera una serie de particularidades que caracterizan a unos y a otros". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 26 de julio de 2018, radicación 11001-03-25-000-2014-01511-00 (4912-14).



en las leyes 142 de 1994, 286 de 1996, 632 de 2000 y 689 de 2001 y las disposiciones del Código de Comercio.

En el Manual de Organización y Funciones ajustado y actualizado mediante Resolución M-002 de enero 11 de 2018, que estaba vigente en el año anterior a la elección, aparece como naturaleza del cargo de jefe del área de aseguramiento de la infraestructura y gestión social, lo siguiente: “*CONTRATO DE (sic) LABORAL A TERMINO FIJO*”.

De acuerdo con la certificación expedida por la gerente de Aguas de Córdoba el 20 de diciembre de 2020, que obra en el expediente, la empresa “[...] *no cuenta con planta de personal avalada por la Función Pública, para el desarrollo de sus actividades, el personal a desempeñarlas, es contratado mediante Contratos laborales de trabajo y de prestación de servicios profesionales [...]*”.

En el curso del proceso no fue desvirtuado que el señor Lozano Flórez se desempeñó como trabajador oficial en ejecución del contrato de laboral suscrito el 1º de febrero de 2016, que fue prorrogado y estaba regido por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, según la copia aportada por las partes con la demanda y la contestación.

Es incuestionable que el demandado no estuvo vinculado mediante relación legal y reglamentaria y no cumplió funciones fijadas en la Constitución ni en la ley, pues sus actividades fueron señaladas en el contrato de trabajo y en el Manual de Organización y Funciones de Aguas de Córdoba.

Precisa la Sala que el hecho de que el jefe del área de aseguramiento de la infraestructura y gestión social aparezca como cargo en el citado manual, tampoco demuestra que corresponda a un empleo público en Aguas de Córdoba.

La inclusión del empleo correspondiente en esas condiciones obedece a que toda labor que vaya a ser desempeñada como parte de las actividades que desarrolla la empresa, en sus distintos niveles, exige normalmente una denominación.

Entonces, comparte la Sala la conclusión a la cual llegó el Tribunal Administrativo de Córdoba según la cual el ejercicio del señor Lozano Flórez como trabajador oficial no puede tenerse como cargo público para efectos del artículo 272 de la Constitución.

Esta interpretación está acorde con el alcance restrictivo que deben tener las inhabilidades en el régimen jurídico colombiano, por tratarse de limitaciones a los derechos políticos y particularmente, en este caso, al derecho a ser elegido.

El ámbito restringido dado a la noción de cargo público impide extender el impedimento previsto en el artículo 272 de la Constitución, para el acceso al cargo de contralor de entidades territoriales, a toda persona vinculada al Estado y a la administración, como lo pretenden los apelantes y la delegada del Ministerio Público.



La inhabilidad fijada en la norma superior está circunscrita al ejercicio de cargo público, lo cual hace que no pueda ser aplicada con alcances amplios al concepto genérico de servidores públicos, como parece entenderlo el actor en algunos apartes de la demanda.

5.2. Los criterios que sustentan las apelaciones

Al apelar la decisión de primera instancia, el actor invocó un concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública que a su juicio definió que el cargo público abarca a los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y trabajadores oficiales.

Precisa la Sala que no es posible ahondar en la postura citada sobre el particular, puesto que el vínculo al cual remitió el demandante no corresponde propiamente a un concepto elaborado por el organismo, que incluya consideraciones sobre dicha noción jurídica, sino a un glosario sobre el tema.

En igual sentido, el actor citó un párrafo de la sentencia C-767 de 1998 en el que en su opinión la Corte Constitucional, sobre inhabilidades para los personeros, sostuvo que si la persona fue trabajador o empleado oficial estaba comprendido en la prohibición, ya que habría ejercido un cargo público.

El párrafo transcrito señaló lo siguiente:

“8- Finalmente, resulta difícil entender cuál es el sentido de hacer aplicable a los personeros esa inhabilidad específica de los alcaldes. Así, conforme al literal b) del artículo 174, ninguna persona que haya ocupado un cargo público en el año anterior en el respectivo municipio puede ser personero en esa entidad territorial. Ahora bien, ¿qué sentido puede tener la aplicación a los personeros de la inhabilidad prevista por el artículo 95 ordinal 4º para los alcaldes? La finalidad constitucionalmente legítima no es clara. Así, si la persona fue trabajador o empleado oficial en el respectivo municipio, entonces ese caso ya está comprendido en la inhabilidad específica para ser personero, pues habría ejercido un cargo público en el año anterior en la entidad territorial. Y si la persona ocupó un cargo en otro municipio, la extensión de la inhabilidad prevista para el alcalde es irrazonable, por cuanto en tal evento no aparece clara cuál es la protección a la función pública que se logra evitando que esa persona llegue a ser personero. Así, en un caso similar relativo a las inhabilidades para ser contralor departamental, la Corte consideró que la finalidad de este tipo de inhabilidades es impedir que una persona utilice su cargo para hacerse elegir en un cargo de control, o que, la persona electa en esa función resulte controlando sus actuaciones precedentes como servidor público. La Corte precisó entonces que “este peligro no existe cuando se trata de una persona que ha desarrollado su función en otro departamento, ya que la persona no puede utilizar su cargo en un departamento para hacerse elegir en otro departamento, ni resulta, en caso de ser elegida, controlando ex post sus propias actuaciones. Por ende, en este caso, la inhabilidad no encuentra ninguna justificación razonable”⁸. Mutatis mutandi, este criterio es relevante en el presente caso, por lo cual la Corte concluye que es totalmente

⁸ Sentencia C-147 de 1998. MP Alejandro Martínez. Fundamento Jurídico No 8



irrazonable extender al caso de los personeros la inhabilidad prevista para los alcaldes en el numeral 4° del artículo 95 de la Ley 136 de 1994”.

Subraya la Sala que el aparte referido no contiene una conclusión de la alta corporación sobre el tema, por cuanto se trata de una consideración realizada sobre uno de los dos posibles sentidos que podría tener para los personeros el artículo 174 de la Ley 136 de 1994 frente a las inhabilidades establecidas para los alcaldes⁹.

Además, la norma a la cual aludió la Corte estableció la inhabilidad por haber ocupado **cargo o empleo público** en la administración central o descentralizada del distrito o municipio, lo cual en principio, a partir de la fórmula disyuntiva, lleva a señalar que dichas acepciones no tienen el mismo alcance jurídico.

En apoyo de su criterio, el actor también acudió a un concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el que, según su manifestación, aseguró que la palabra cargo equivale a “*empleo, dignidad y oficio*”.

Resalta la Sala que este argumento no aporta mayores elementos de juicio al análisis sobre los alcances del cargo público, dado que el aparte específico del concepto corresponde simplemente a la definición de la expresión contenida en el Diccionario de la Lengua Española citada por esa corporación¹⁰.

Aunque el procurador 33 judicial II administrativo refirió otras consideraciones y la conclusión según la cual empleo es sinónimo de cargo, como igualmente lo señaló la delegada del Ministerio Público basada en el mismo concepto¹¹, esto no implica que sean equivalentes al cargo público como ya quedó explicado.

El actor igualmente respaldó la impugnación con la transcripción de un aparte de la sentencia dictada por esta corporación el 17 de mayo de 2018 al resolver la demanda contra la elección del contralor de Bogotá, para el periodo 2016-2019.

Advierte la Sala que la providencia a que hace referencia el actor no abordó la discusión planteada alrededor de los alcances de la noción de cargo público, ni la posibilidad de incluir a los trabajadores oficiales como modalidad de esta noción¹².

En este sentido, la consideración transcrita fue hecha fuera de contexto porque hace parte de otra citación que, a su vez, hizo la Sala en dicha sentencia sobre un caso relacionado con la función ejercida por un integrante del consejo directivo de una corporación autónoma regional, sin que haya sostenido, como indicó el demandante, que el trabajador oficial ejerce cargo público.

⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-767 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica número 8.

¹⁰ El actor solo transcribió el aparte según el cual la Sala de Consulta y Servicio Civil indicó que “*el diccionario de la lengua española señala que la palabra “cargo” significa “empleo, dignidad, oficio”.*”

¹¹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de febrero cinco de 2019, radicación 11001-03-06-000-2018-00233-00 (2405), M.P. Álvaro Namén Vargas.

¹² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de mayo 17 de 2018, expediente 25000-23-41-000-2016-01492-01 (Acumulado), M.P. Rocío Araújo Oñate.



Además, la Sala considera que no existe la alegada contradicción ni la falacia que según el actor y el procurador judicial hubo en la manifestación hecha por la gerente del organismo en el documento expedido sobre la vinculación que, desde el año 2016, tenía el demandado con la empresa.

En la certificación fechada el 20 de diciembre de 2020¹³, la representante legal sostuvo que Aguas de Córdoba “[...] *no cuenta con planta de personal avalada por la Función Pública, para el desarrollo de sus actividades, el personal a desempeñarlas, es contratado mediante Contratos laborales de trabajo y de prestación de servicios profesionales, motivo este por el cual el mencionado señor OMAR DARIO LOZANO FLOREZ, no fue nombrado ni posesionado en ningún cargo de esta entidad*”.

 (Negrillas fuera del texto).

Entiende la Sala que la afirmación contenida en el documento está referida a la ausencia de cargo público que requiere la vinculación legal y reglamentaria, a partir del nombramiento y la posesión, que desde luego no era el caso del demandado como trabajador oficial.

Incluso, en la parte inicial certificó que el demandado prestó sus servicios a la empresa a través de contrato de trabajo a término fijo a nivel profesional, que estaba regido por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, lo que hace que tampoco pueda decirse que haya desconocido la existencia del empleo en la estructura organizacional, ni la vinculación del señor Lozano Flórez.

El Manual de Organización y Funciones vigente desde enero de 2018 señaló entre sus consideraciones que debe ser fuente permanente de lectura, consulta y seguimiento para la adecuada actualización por parte de los miembros de la alta dirección, funcionarios y trabajadores de Aguas de Córdoba.

Lo anterior muestra que la empresa tiene clara la distinción que respalda la vinculación para una y otra modalidades de servidores públicos que podrían prestar sus servicios personales, según la relación que corresponda en cada caso.

Concluye la Sala que el desempeño del demandado como jefe de área de aseguramiento de la infraestructura y gestión social, en virtud del contrato laboral regulado por el Código Sustantivo del Trabajo, no involucró el desempeño de cargo público exigido por el artículo 272 de la Constitución.

Restaría, entonces, determinar si Aguas de Córdoba, como empresa oficial de servicios públicos domiciliarios, pertenece a la rama ejecutiva del departamento como lo exige la norma superior para la estructuración de la inhabilidad para ser contralor.

No obstante, precisa la Sala que al no estar demostrado el primero de los elementos requeridos para la configuración de la citada inhabilidad de orden

¹³ En el expediente obra otra certificación en igual sentido expedida por la gerente de Aguas de Córdoba el 30 de abril de 2020.



constitucional, como es el ejercicio de cargo público, no resulta necesario asumir el estudio de este segundo aspecto.

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

FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia apelada.

SEGUNDO: Exhortar a la magistrada ponente de este proceso en el Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Segunda de Decisión, para que en adelante, en los procesos electorales, trámite las solicitudes de suspensión provisional de los efectos de los actos acusados según lo previsto en el artículo 277 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Magistrado

Salva voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Magistrado

ÁLVARO ANDRÉS MOTTA NAVAS

Conjuez



“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”

NULIDAD DE LA ELECCIÓN DEL CONTRALOR DEPARTAMENTAL – Las nociones de cargo y empleo público son sinónimas / NULIDAD DE LA ELECCIÓN DEL CONTRALOR DEPARTAMENTAL – Todos los servidores públicos incluidos los trabajadores oficiales ocupan un cargo o destino público / TRABAJADOR OFICIAL – Sí hace parte de la función pública

Lo primero que [se debe] señalar es que las nociones de “cargo” y “empleo público” son sinónimas, entendidas como el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades en cabeza de un servidor público, indistintamente de la clase de servidor de que se trate y la modalidad de vinculación que le corresponda. En ese contexto es que se debe analizar el artículo 272 superior que ahora ocupa a la Sala, y otras de orden legal que hacen referencia a estos conceptos. (...). [L]os “empleos” son de carrera, con excepción, entre otros, de los de los “trabajadores oficiales”, categoría de servidores que, como bien se sabe, no hace parte de la función pública, en tanto el artículo 1º de la Ley 909 de 2004 estatuye que “Quienes prestan servicios remunerados, con vinculación legal y reglamentaria en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública”. Sin embargo, de lo anterior no puede derivarse la conclusión a la que arriba la sentencia, según la cual los trabajadores oficiales no ocupan empleos o cargos públicos, pues todos los servidores públicos, entiéndase los de elección popular, los de carrera, los de libre nombramiento y remoción, los de período fijo y los trabajadores, ocupan un cargo o destino público y su diferencia está dada por la modalidad de vinculación y el régimen jurídico aplicable, entre otros aspectos. Es decir, la noción de “empleo” cobija varias modalidades, incluidos los trabajadores oficiales, los cuales se entienden que están amparados por el derecho fundamental de acceso a ocuparlos, como claramente se estatuye en el artículo 40 de la Carta. (...). La sentencia, (...) parte de un equívoco, y es considerar que, como los trabajadores oficiales no hacen parte de la “función pública”, entonces no ocupan empleo o cargo. [Se estima] que son cosas distintas, en tanto la “función pública” cobija a los empleos de carrera, los de libre nombramiento y remoción, los de período fijo y los empleos temporales, como claramente lo dispone el artículo 1º de la Ley 909. Por su parte, los trabajadores oficiales responden al género servidor público, vinculados mediante la modalidad contractual, cuyos destinos están contemplados en plantas de empleos con la misma exigencia de estar contenidos en el presupuesto de la entidad y organismo, diseñadas especialmente para las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, 3º del Decreto 1848 de 1969 y 41 de la Ley 142 de 1994, entre otros preceptos. (...). Para el caso concreto, en la Resolución M-002 de 11 de enero de 2018, expedida por la gerente general de Aguas de Córdoba ESP, “por medio de la cual se ajusta y actualiza el Manual de Organización y Funciones”, se define la estructura de los “puestos de trabajo” de la empresa y entre ellos, se incluye el de “Jefe del Área de Aseguramiento de la Infraestructura y Gestión Social”, el cual se califica expresamente como empleo y al que le son asignadas en el mismo instrumento las correspondientes funciones. Adicionalmente, el contrato de trabajo que tuvo el demandado con la mencionada empresa previó en





la cláusula séptima su obligación de desempeñar las funciones del “cargo” para el que fue contratado. Siendo así, no es cierto que la calificación de “empleos” que se hace en el manual de funciones se deba simplemente a la necesidad de darle una denominación, como lo interpreta la sentencia objeto de disenso. De esta forma se incurre en un error de interpretación cuando se le da a la certificación expedida por la gerente de Aguas de Córdoba el 20 de diciembre de 2020 un carácter cierto e indiscutible, en tanto allí se expresa que esta empresa “no cuenta con planta de personal avalada por la Función Pública, para el desarrollo de sus actividades, el personal a desempeñarlas, es contratado mediante Contratos laborales de trabajo y de prestación de servicios profesionales”, pues en realidad lo que está diciendo es que estas plantas no hacen parte de la “función pública”, en los términos del artículo 1º de la Ley 909 de 2004, y por lo tanto, no se debe someter a su estudio y aprobación. (...). En conclusión, [se estima], respetuosamente, que la interpretación que hizo la Sala en la sentencia de 26 de agosto de 2021, para concluir que un trabajador oficial de una empresa de servicios públicos del nivel departamental no ocupa un cargo público, soslaya el tratamiento equivalente que desde la propia Constitución Política se otorga a los conceptos de empleo y cargo público que conforman las plantas de personal de las entidades públicas, que pueden ser ocupados por las distintas modalidades de servidores públicos igualmente previstas por la Carta. Por lo tanto, [se considera] que en el asunto sometido a decisión de la Sección debió anularse la elección del demandado como contralor de Córdoba, por encontrarse acreditados todos los presupuestos de la inhabilidad contemplada en el artículo 272 constitucional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

SALVAMENTO DE VOTO DE LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Radicación número: 23001-23-33-000-2020-00053-01

Actor: JOSÉ VICENTE GONZÁLEZ VERGARA

Demandado: OMAR DARÍO LOZANO FLÓREZ - CONTRALOR DEPARTAMENTAL DE CÓRDOBA, PERÍODO 2020-2021

Referencia: NULIDAD ELECTORAL

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que merecen los integrantes de la Sala mayoritaria, me permito expresar las razones por las cuales no compartí la decisión adoptada en la sentencia de 26 de agosto de 2021, por cual se confirmó el fallo de 8 de abril del presente año, proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba, que negó la nulidad de la elección del señor Omar Darío Lozano Flórez como contralor



departamental de Córdoba, realizada el 31 de enero de 2020 por la Asamblea departamental para el periodo 2020 – 2021.

De acuerdo con la sentencia objeto de disenso, el demandado no incurrió en la inhabilidad para ser elegido contralor departamental, prevista en el artículo 272 de la Constitución Política, que dispone:

“No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal (...)” (Negrillas y subrayado adicionales).

La posición mayoritaria de la Sala tuvo como sustento que el señor contralor departamental no ocupó un “*cargo público*” como Jefe del Área de Aseguramiento de Infraestructura y Gestión Social de la Empresa Oficial de Servicios Públicos domiciliarios “*Aguas de Córdoba*”, por tratarse de un trabajador oficial vinculado mediante un contrato de trabajo. En respaldo de esta tesis, invocó los artículos 122, 123 y 125 de la Constitución Política y los artículos 1º, 5º y 19 de la Ley 909 de 2004, a partir de lo cual concluyó lo siguiente:

“Según los alcances de estos preceptos, es claro que la noción de empleo público solo es aplicable a quienes estén vinculados mediante relación legal y reglamentaria, como expresamente lo estableció el artículo 1º de la disposición legal.

(...)

Adicionalmente, las características que tienen los miembros de las corporaciones públicas, los empleados del Estado y los trabajadores oficiales tampoco llevan a concluir que todos los servidores públicos ejercen cargo público.

(...)

Por lo anterior, hay correspondencia necesaria entre el empleo público y los servidores públicos sujetos a la relación legal y reglamentaria, no así entre dicha noción legal y los trabajadores oficiales no regulados por esa forma de acceso al servicio”.

Lo primero que debo señalar es que las nociones de “cargo” y “empleo público” son sinónimas, entendidas como el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades en cabeza de un servidor público, indistintamente de la clase de servidor de que se trate y la modalidad de vinculación que le corresponda. En ese contexto es que se debe analizar el artículo 272 superior que ahora ocupa a la Sala, y otras de orden legal que hacen referencia a estos conceptos.

Sírvanos para soportar esta afirmación que la Constitución Política señala en el artículo 122 que “Ningún servidor público entrará a ejercer su *cargo*, sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben”. Del mismo modo, el numeral 7º del artículo 40 *ibídem* consagra el derecho fundamental que tienen los ciudadanos de acceder al desempeño de

funciones y “cargos públicos”, mientras que el artículo 125 acude al vocablo “empleos” para precisar que, por regla general, estos son de carrera, con excepción de “los de elección popular, de libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y demás que determine la ley”.

Lo anterior significa que los “empleos” son de carrera, con excepción, entre otros, de los de los “trabajadores oficiales”, categoría de servidores que, como bien se sabe, no hace parte de la función pública, en tanto el artículo 1º de la Ley 909 de 2004 estatuye que “Quienes prestan servicios remunerados, con vinculación legal y reglamentaria en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública”. Sin embargo, de lo anterior no puede derivarse la conclusión a la que arriba la sentencia, según la cual los trabajadores oficiales no ocupan empleos o cargos públicos, pues todos los servidores públicos, entiéndase los de elección popular, los de carrera, los de libre nombramiento y remoción, los de período fijo y los trabajadores, ocupan un cargo o destino público y su diferencia está dada por la modalidad de vinculación y el régimen jurídico aplicable, entre otros aspectos.

Es decir, la noción de “empleo” cobija varias modalidades, incluidos los trabajadores oficiales, los cuales se entienden que están amparados por el derecho fundamental de acceso a ocuparlos, como claramente se estatuye en el artículo 40 de la Carta. Por su parte, el artículo 123 constitucional clasifica a los “servidores públicos” en las siguientes categorías: i) miembros de corporaciones públicas, ii) empleados y iii) trabajadores del Estado, todos los cuales están al servicio de la comunidad y ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento.

En concordancia, el artículo 19 de la Ley 909 de 2004 define el empleo público de la siguiente manera:

“[E]s el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”.

Consecuente con este marco normativo, la doctrina reconoce la equivalencia entre los conceptos de empleo y cargo público. En tal sentido, el profesor Diego Younes advierte que la noción de empleo público “*suele tener diversas acepciones gramaticales, tales como empleo, cargo, destino, las cuales, desde un punto de vista jurídico, son sinónimos, pues ello se desprende de la simple lectura de las normas constitucionales y legales...*”¹⁴.

Ahora bien, la Constitución Política dispone en el artículo 122 que “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva *planta* y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”. De esta norma, tampoco se puede inferir que únicamente los

¹⁴ Younes, D. (2009). Derecho administrativo laboral. Bogotá: Editorial Temis, pg. 87.



“empleados públicos” ocupan empleo o cargo y que los demás, entiéndase los trabajadores oficiales, entre otros, no ejercen cargo alguno y por lo mismo, sus emolumentos no deban estar previstos en sus plantas de personal.

La sentencia, en mi sentir, parte de un equívoco, y es considerar que, como los trabajadores oficiales no hacen parte de la “función pública”, entonces no ocupan empleo o cargo. Estimo que son cosas distintas, en tanto la “función pública” cobija a los empleos de carrera, los de libre nombramiento y remoción, los de período fijo y los empleos temporales, como claramente lo dispone el artículo 1º de la Ley 909. Por su parte, los trabajadores oficiales responden al género servidor público, vinculados mediante la modalidad contractual, cuyos destinos están contemplados en plantas de empleos con la misma exigencia de estar contenidos en el presupuesto de la entidad y organismo, diseñadas especialmente para las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, 3º del Decreto 1848 de 1969 y 41 de la Ley 142 de 1994, entre otros preceptos.

Esta interpretación está acorde con la jurisprudencia de la Corporación, en diferentes contextos. Así, la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, al ocuparse de la terminación de la relación laboral de un trabajador oficial, como consecuencia de la reestructuración de una entidad pública, consideró que se trataba de una causal legal para la supresión de “cargos” de esa categoría de servidores. Además, destacó la necesidad de que los “cargos” de los trabajadores oficiales figuren en las respectivas plantas de las entidades que los requieran, según la naturaleza de las funciones que desempeñan, como se indicó en la providencia:

*“El trabajador oficial por su parte se vincula mediante un contrato de trabajo que se regula a través de sus cláusulas convencionales y su existencia se define según la necesidad del servicio en la rama ejecutiva, vale decir, a la actividad que deban cumplir de acuerdo a los fines estatales, lo que significa que está delimitado por la función que cumplen conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Decreto ley 1042 de 1978, que prevé que los organismos que desarrollen actividades de construcción y mantenimiento de obras públicas, deben fijar en sus respectivas plantas el número de **cargos permanentes** que para el desempeño de dichas labores han de ser ocupados por esta clase de servidores y señalar la apropiación presupuestal necesaria para atender el pago de los respectivos salarios¹⁵” (Se destaca).*

De forma similar, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, a propósito de la causal de incompatibilidad de los congresistas por el desempeño simultáneo de “cargo o empleo público” establecida en el numeral 1 del artículo 180 de la Constitución Política, planteó la siguiente definición:

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 16 de julio de 2015, Rad. 68001-23-31-000-2004-02762-01(1960-11), M.P. Gerardo Arenas Monsalve.



*“[S]e entiende por cargo o empleo público el desempeño por parte de una persona natural de una función establecida en la Constitución y/o la Ley, bajo una relación de subordinación dentro de la estructura del Estado, **independientemente de su modalidad de vinculación o la denominación del cargo**¹⁶ (Negrillas adicionales).*

Esta postura también tiene soporte en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que, en su condición de juez de las relaciones laborales de los trabajadores oficiales, hace referencia, en cada caso, a los *cargos* que estos ocupan. Así lo ha indicado dicha Corporación al advertir sobre la inclusión de los *cargos* de los trabajadores oficiales y los empleados públicos en las plantas de personal de las empresas industriales y comerciales del Estado¹⁷, al definir el derecho a la pensión de jubilación convencional conforme al *cargo* que ocupaba el demandante en la entidad como trabajador oficial¹⁸, o al referirse a los *cargos* de coordinador¹⁹, vicepresidente de negocios fiduciarios²⁰ y mecanógrafa²¹ que ostentaban diversos trabajadores oficiales en cada caso, todos vinculados mediante contrato laboral.

Para el caso concreto, en la Resolución M-002 de 11 de enero de 2018, expedida por la gerente general de Aguas de Córdoba ESP, *“por medio de la cual se ajusta y actualiza el Manual de Organización y Funciones”*, se define la estructura de los *“puestos de trabajo”* de la empresa y entre ellos, se incluye el de “Jefe del Área de Aseguramiento de la Infraestructura y Gestión Social”, el cual se califica expresamente como *empleo* y al que le son asignadas en el mismo instrumento las correspondientes funciones. Adicionalmente, el contrato de trabajo que tuvo el demandado con la mencionada empresa previó en la cláusula séptima su obligación de desempeñar las funciones del *“cargo”* para el que fue contratado.

Siendo así, no es cierto que la calificación de “empleos” que se hace en el manual de funciones se deba simplemente a la necesidad de darle una denominación, como lo interpreta la sentencia objeto de disenso. De esta forma se incurre en un error de interpretación cuando se le da a la certificación expedida por la gerente de Aguas de Córdoba el 20 de diciembre de 2020 un carácter cierto e indiscutible, en tanto allí se expresa que esta empresa *“no cuenta con planta de personal avalada por la Función Pública, para el desarrollo de sus actividades, el personal a desempeñarlas, es contratado mediante Contratos laborales de trabajo y de prestación de servicios profesionales”*, pues en realidad lo que está diciendo es que estas plantas no hacen parte de la “función pública”, en los términos del artículo 1º de la Ley 909 de 2004, y por lo tanto, no se debe someter a su estudio y aprobación.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 19 de abril de 2012, Rad. 11001-03-15-000-2011-00865-00(PI), MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia de 29 de octubre de 2019, Rad. 65805.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia de 10 de febrero de 2020, Rad. 72057.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia de 19 de febrero de 2020, Rad. 58453.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia de 15 de febrero de 2021, Rad. 74341.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia de 9 de diciembre de 2020, Rad. 67436.





Finalmente, so pretexto de una interpretación restrictiva y no analógica de las causales de inhabilidad para ocupar cargos públicos, no se pueden desconocer estas precisiones terminológicas y los conceptos jurídicos fundamentales de la función pública. Por ello, no puedo compartir el siguiente razonamiento:

“El ámbito restringido dado a la noción de cargo público impide extender el impedimento previsto en el artículo 272 de la Constitución, para el acceso al cargo de contralor de entidades territoriales, a toda persona vinculada al Estado y a la administración, como lo pretenden los apelantes y la delegada del Ministerio Público.

La inhabilidad fijada en la norma superior está circunscrita al ejercicio de cargo público, lo cual hace que no pueda ser aplicada con alcances amplios al concepto genérico de servidores públicos, como parece entenderlo el actor en algunos apartes de la demanda”.

En conclusión, estimo, respetuosamente, que la interpretación que hizo la Sala en la sentencia de 26 de agosto de 2021, para concluir que un trabajador oficial de una empresa de servicios públicos del nivel departamental no ocupa un cargo público, soslaya el tratamiento equivalente que desde la propia Constitución Política se otorga a los conceptos de empleo y cargo público que conforman las plantas de personal de las entidades públicas, que pueden ser ocupados por las distintas modalidades de servidores públicos igualmente previstas por la Carta. Por lo tanto, considero que en el asunto sometido a decisión de la Sección debió anularse la elección del demandado como contralor de Córdoba, por encontrarse acreditados todos los presupuestos de la inhabilidad contemplada en el artículo 272 constitucional.

En estos términos dejo consignado mi salvamento de voto.

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”.