

hacer efectivos los derechos de la población LGBT, incluidas las acciones afirmativas necesarias para la restitución de los mismos. Para cumplir lo anterior, se tendrán en cuenta las condiciones de vulnerabilidad que afectan de manera diferencial a los sectores LGBT.”.

De lo anterior se desprende claramente que dentro de los obligados a garantizar el principio de la efectividad de los derechos de las personas LGBT, están los particulares que cumplan funciones públicas y presten servicios públicos de responsabilidad distrital.

Ahora bien, el artículo 9 ídem, establece algunas responsabilidades en relación con la política pública para las personas de los sectores LGBT, así: i) su dirección estará en cabeza del/la Alcalde/sa Mayor; ii) su formulación, seguimiento y evaluación estará en cabeza de la Secretaría Distrital de Planeación, a través de la Subsecretaría de Mujer, Géneros y Diversidad Sexual; y iii) su ejecución estará a cargo de las diferentes entidades del Distrito Capital con responsabilidad en el tema.

Para que el Alcalde Mayor cumpla con la responsabilidad de dirección asignada por el artículo 9 del citado Acuerdo 371 de 2009, el artículo 10 ídem establece que contará con la asesoría de un cuerpo consultivo compuesto por servidores/as públicos/as, algunos/as miembros de personas del sector LGBT; y un/a representante de las universidades con sede en el Distrito Capital que tengan programas de formación, centros de investigación o proyectos de investigación en los temas tratados por la política pública de marras.

En cuanto a las funciones del citado Consejo Consultivo LGBT, el artículo 11 íbidem, las establece así.

“Artículo 11. Funciones del Consejo Consultivo.

- a. Analizar los principales problemas para el reconocimiento, restablecimiento y garantía de los derechos de las personas del sector LGBT del Distrito Capital y formular recomendaciones al respecto al conjunto de la Administración.***
- b. Proponer lineamientos y recomendaciones de políticas públicas para la garantía de los derechos de las personas del sector LGBT que habitan en el Distrito Capital.***
- c. Estudiar las Sentencias que se han producido y se produzcan en el país en relación con los derechos de las personas del sector LGBT y hacer las recomendaciones necesarias para que se cumplan.***
- d. Hacer recomendaciones para el cumplimiento de los tratados suscritos por el Estado Colombiano tendientes a garantizar el ejercicio de los derechos humanos.***
- e. Conocer y analizar las propuestas y sugerencias de las personas del sector LGBT y las organizaciones LGBT, para presentarlas ante las diversas entidades distritales y locales, la Defensoría del Pueblo y la Personería Distrital.***

f. Mantener comunicación permanente con las instancias públicas y privadas pertinentes para la materialización de los derechos de las personas del sector LGBT.

g. Presentar propuestas que promuevan la transversalización del enfoque de derechos de las personas del sector LGBT en la formulación, puesta en marcha, seguimiento y evaluación de las políticas públicas sectoriales y poblacionales.

h. Invitar, cuando así se considere, a actores de la sociedad civil y a la cooperación internacional, a fin de informar sobre las acciones del Consejo y solicitar su apoyo para el desarrollo de las acciones del plan de acción de la política pública LGBT.

i. Las demás funciones que le correspondan en razón de su carácter de Consejo Consultivo y que se desprendan de la naturaleza de los temas de que trata la presente política." (Subrayado fuera del texto).

Por su parte, el artículo 12 ejusdem, determina que el Consejo sesionará en pleno 4 veces al año.

Como se observa, del Consejo Consultivo LGBT hacen parte algunas personas del sector LGBT, instancia que de manera general cumple funciones de: i) analizar problemas del sector LGBT y formular recomendaciones para su solución; ii) proponer lineamientos y recomendaciones de políticas públicas para el sector, así como propuestas para promover en tales políticas la transversalización del enfoque de derechos de las personas del sector LGBT; iii) estudiar pronunciamientos judiciales sobre el sector y hacer recomendaciones para su cumplimiento, así como sobre los tratados suscritos por el Estado Colombiano para garantizar el ejercicio de los derechos humanos; iv) presentar propuestas y sugerencias del sector a las entidades distritales y a otros órganos públicos; v) mantener comunicación permanente con entidades públicas y privadas para materializar los derechos del sector; vi) invitar a diversos actores para informar sobre las acciones del Consejo Consultivo y pedir apoyo para el desarrollo de las acciones del plan de acción de la política pública LGBT.

Por otra parte, del contenido del Acuerdo Distrital 371 de 2009, no se evidencia de manera alguna que se haya otorgado al citado Consejo Consultivo LGBT, responsabilidad o función alguna enmarcada en el manejo, administración, disposición o uso de recursos del presupuesto distrital, pues claramente, y como se mencionó anteriormente, el artículo 9 ídem, atribuyó la dirección de la política pública para las personas de los sectores LGBT, al/la Alcalde/sa Mayor; mientras que la formulación, seguimiento y evaluación la radicó en cabeza de la Secretaría Distrital de Planeación a través de la Subsecretaría de Mujer, Géneros y Diversidad Sexual. Adicionalmente dispuso que la ejecución de la política pública estará a cargo de las diferentes entidades del Distrito Capital, con responsabilidad en el tema.

De igual forma, el Acuerdo Distrital 371 de 2009 no contempló ninguna disposición en relación con inhabilidades, impedimentos o incompatibilidades para las personas del sector LGBT que resulten elegidas en el Consejo Consultivo LGBT, pues según se desprende de las funciones otorgadas a dicha instancia, a la misma no se le atribuyeron funciones públicas, por cuanto tal y como se anotó, sus funciones se enmarcan en analizar, hacer

recomendaciones y sugerencias; presentar y hacer propuestas; efectuar invitaciones y pedir apoyos; todo en el marco y para el sector LGBT.

Las anteriores precisiones resultan necesarias a efecto de analizar la posible existencia de inhabilidades o impedimentos que impidan la posesión en el Consejo Consultivo LGBT, de una persona elegida para la curul del derecho a la participación del sector LGBT, en dicha instancia consultiva.

El artículo 60 de la Ley 610 de 2000 establece lo siguiente:

“Artículo 60. Boletín de Responsables Fiscales. La Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.

Para efecto de lo anterior, las contralorías territoriales deberán informar a la Contraloría General de la República, en la forma y términos que esta establezca, la relación de las personas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal, así como de las que hubieren acreditado el pago correspondiente, de los fallos que hubieren sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de las revocaciones directas que hayan proferido, para incluir o retirar sus nombres del boletín, según el caso. El incumplimiento de esta obligación será causal de mala conducta.

Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 60. de la ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín.”

El inciso 3 del citado artículo 60 ídem, determina que los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables fiscales -BRF, so pena de incurrir en causal de mala conducta, por lo que para el caso que nos ocupa, deberá analizarse si se podrá posesionar a una persona elegida para el Consejo Consultivo LGBT, que aparece reportada en el BRF, para la curul del derecho a la participación.

Nótese que el inciso 3 del artículo 60 de la Ley 610 de 2000 establece 3 tipos de prohibiciones, como son nombrar, posesionar o contratar con quien aparezca en el BRF, y en el presente asunto, no se trata de un nombramiento ni de una celebración de un contrato, sino de una posesión.

La citada posesión de la consejera elegida, no es para el desempeño de ningún cargo público, ni para el ejercicio de funciones públicas, sino para hacer parte de una instancia

consultiva, que como se precisó anteriormente, no tiene ninguna atribución ni función pública, sino que únicamente como integrante del Consejo Consultivo LGBT, está encargada de efectuar recomendaciones, presentar propuestas, hacer sugerencias, analizar documentos, pedir apoyos, hacer invitaciones, etc., todo enmarcado exclusivamente dentro de la política pública para las personas de los sectores LGBT en Bogotá, D.C., pues inclusive como integrante del citado Consejo Consultivo, no tiene atribuciones de disposición de recursos presupuestales, adopción de decisiones, elaboración de actos administrativos, autoridad de ninguna clase, etc.

En el año 2002 la Contraloría de Bogotá, D.C., expidió la Circular 0117 de 2002¹, relacionada con el Boletín de Responsables Fiscales, en la que señala:

“Así las cosas, los llamados Deudores Fiscales se encuentran inhabilitados para ser Servidores Públicos o Contratistas del Estado, por lo cual es preciso aclarar que la prohibición consagrada en el artículo 60 de la Ley 610 de 2000 respecto de los representantes legales, nominadores y demás funcionarios competentes para nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato, con quienes aparezcan en el Boletín de Responsables Fiscales, (...)”

Siendo la moralidad, como antes se explicó, uno de los principios rectores de la Función Administrativa, la inhabilidad para desempeñar cargos públicos o para ser Contratista en cualquier de los niveles de la Administración (nacional, departamental, distrital o municipal) constituye un mecanismo de defensa del patrimonio público, por cuanto impide a los responsables fiscales obtener beneficios del Estado (del cual son deudores).

En este orden de ideas, en el momento del nombramiento o de la posesión como Servidor Público o en el instante de la selección de los Contratistas, además de los antecedentes judiciales y disciplinarios, los representantes legales o nominadores deben cerciorarse que las personas designadas o seleccionadas no sean responsables fiscales, para lo cual debe ser consultado el Boletín de Responsables Fiscales consolidado y publicado por la Contraloría General de la República y no la relación reportada por las Contralorías Territoriales; en caso contrario, se corre el riesgo de incurrir en la prohibición señalada por el artículo 60 de la Ley 610 de 2000, lo cual constituye falta disciplinaria. (...)”

En mérito de lo expuesto, el Contralor de Bogotá D.C., imparte las siguientes directrices: (...)”

2° El documento idóneo a consultar por los Representantes Legales para contratar o nombrar es el Boletín de Responsables Fiscales, conformado y publicado por la Contraloría General de la República y de ninguna manera el certificado que se venía exigiendo ante la Contraloría Distrital.

¹Toma de la fuente: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5716#1>

3° Conforme a lo previsto por el artículo 60 de la Ley 610 de 2000, para todos los efectos legales, la inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales, consolidado y publicado por la Contraloría General de la República, constituye una causal de inhabilidad para desempeñar cargos públicos en el Distrito Capital de Bogotá y/o para ser Contratista del mismo. (...)". (Subrayado fuera del texto).

En ese orden de ideas, de conformidad con lo previsto en el inciso 3 del artículo 60 de la Ley 610 de 2000, en concordancia con la Circular 117 de 2002 de la Contraloría de Bogotá, D.C., los representantes legales, nominadores y demás funcionarios competentes, no podrán **posesionar** como servidor público, ni como particular para que cumpla funciones públicas, a quien aparezca en el Boletín de Responsables creado por el artículo 60 de la precitada Ley 610 de 2000, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

Sin embargo, se considera que la persona señalada en la solicitud de concepto, elegida para la curul del derecho a la participación del Consejo Consultivo LGBT, creado por el Acuerdo Distrital 371 de 2009, no está comprendida dentro del ámbito de prohibición del inciso 3 del artículo 60 de la Ley 610 de 2000 y la Circular 117 de 2002 de la Contraloría de Bogotá, D.C., por cuanto la elegida no va a ejercer un cargo público, no va a ostentar la calidad de servidora pública, ni tampoco va a tener la calidad de particular en ejercicio de funciones públicas, por lo cual, en criterio de esta Dirección, podrá ser posesionada en el pluricitado Consejo Consultivo LGBT, al no ser destinataria de la prohibición descrita, por no estar comprendida dentro del ámbito de restricción de las disposiciones enunciadas.

Esto, considerando que la función pública, según lo dicho por la Corte Constitucional, "(...) comporta "el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines". (...) Para ello se requiere asegurar que quien la realice cumpla unos parámetros mínimos de conducta en los que predominen los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, conforme lo exige el artículo 209 de la Constitución Política."²

Entonces, al no ostentar la consejera elegida la naturaleza de particular que va a cumplir funciones públicas, ni haber sido elegida para desempeñar un empleo público, no es destinataria de las inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas, al no tener ninguna de las 2 connotaciones referidas, ni tampoco se le configura una inhabilidad sobreviniente, ni tampoco es destinataria de las disposiciones del Código Disciplinario Único, por cuanto las mismas sólo son aplicables, según lo previsto en el artículo 25 de la Ley 734 de 2002, a los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio, a los indígenas que administren recursos del Estado, y a los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero ídem, modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, es decir:

"(...) los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

² Sentencia C-612/13

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias. (...)

Sobre el texto primigenio del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 2003, declaró la exequibilidad de algunos apartes del mismo así:

“Quinto.- Declarar la EXEQUIBILIDAD de la expresión "presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política" contenida en el primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, bajo el entendido de que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el Legislador.

Sexto.- ESTAR A LO RESUELTO en la sentencia C-1076/02 en la que se declaró la exequibilidad de la expresión "Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva." contenida en el segundo inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 bajo el entendido que la falta le fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales.”.

Para el efecto, el Alto Tribunal Constitucional reseñó que:

“En ese marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución establece la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas. Así, el artículo 123 señala que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, al tiempo que el artículo 210 constitucional señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley. (...)

En la misma sentencia C-866/99 donde se examinó la constitucionalidad de los artículos 110 y 111 de la ley 489 que establecen el régimen de los particulares que temporalmente desempeñan funciones administrativas, -las cuales deben ser atribuidas

mediante actos administrativos y convenios, que fijarán, en cada caso particular, las condiciones y circunstancias de la atribución, en los términos de los artículos 123 y 210 de la Constitución-, la Corte precisó que no todo tipo de funciones pueden ser atribuidas a los particulares mediante este mecanismo, sino que la Constitución y en determinados casos la ley establecen límites que impiden la atribución a los particulares de funciones (i) de contenido político o gubernamental, (ii) de contenido materialmente legislativo o jurisdiccional que ocasionalmente ejercen las autoridades administrativas, (iii) "exclusivas" de las autoridades administrativas como las funciones que ejerce la Fuerza Pública, (iv) de aquellas que nunca han estado en cabeza de las autoridades administrativas y que por tanto requieren de norma constitucional o legal expresa y directa para ser atribuidas como el caso de determinadas funciones atribuidas a los notarios y a las Cámaras de Comercio (v) o que vacíen de contenido la competencia de la autoridad que las otorga.

Al respecto señaló: (...)

5 Por último, encuentra la Corte que la atribución de funciones administrativas tiene otro límite: la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga. En efecto, la atribución conferida al particular no puede llegar al extremo de que éste reemplace totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de las funciones que le son propias. Si, en los términos del artículo 2° de la Constitución, las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, el despojo absoluto de la materia de su competencia redundaría en la falta de causa final que justificara su investidura, con lo cual ella –la investidura– perdería sustento jurídico.

Como consecuencia de lo anterior, resulta claro que la atribución de funciones administrativas a particulares debe hacerse delimitando expresamente la función atribuida, acudiendo para ello a criterios materiales, espaciales, temporales, circunstanciales, procedimentales o cualesquiera otros que resulten útiles para precisar el campo de acción de los particulares, en forma tal que la atribución no llegue a devenir en una invasión o usurpación de funciones no concedidas, a un vaciamiento del contenido de la competencia de la autoridad atribuyente o a la privatización indirecta del patrimonio público. Por ello resulta particularmente importante que las funciones que se encomendarán a los particulares sean específicamente determinadas, como perentoriamente lo prescribe el literal a) del artículo 111 acusado, el cual se aviene a la Carta si es interpretado conforme a las anteriores precisiones. (...)

En el mismo sentido la Corte ha explicado que constitucionalmente es posible encauzar la atribución de funciones administrativas a particulares a través de variados supuestos, entre los que pueden enunciarse³: (...)

b) La previsión legal, por vía general, de autorización a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares (personas Jurídicas o

³ Ver Sentencia C- 543/2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis

personas naturales) mediante convenio, precedido de acto administrativo el directo ejercicio de aquellas; debe tenerse en cuenta como lo ha señalado la Corte que la mencionada atribución tiene como límite "la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga"⁴. Este supuesto aparece regulado, primordialmente, por la Ley 489 de 1998, artículos 110 á 114 tal como ellos rigen hoy luego del correspondiente examen de constitucionalidad por la Corte⁵.

No sobra recordar que la Corte al analizar la posibilidad constitucional de que los particulares sean encargados del ejercicio de funciones administrativas (aspecto común a los supuestos que se han enunciado), ha expresado que las condiciones en que aquellos puedan cumplir las funciones administrativas son las que señale la ley y que si bien es cierto que tales funciones pueden ser desarrolladas a título gratuito, según lo prevea la propia ley para un caso⁶, ello no impide que las mismas puedan ser remuneradas. Queda librado a la potestad de configuración del legislador señalar cuándo establece una u otra condición⁷. Así las cosas, bien puede el legislador para efectos del ejercicio de las funciones administrativas -con base en las disposiciones constitucionales en análisis y en armonía con lo previsto en los artículos 150, numeral 9° e inciso final y 189, numeral 23 - autorizar al Gobierno Nacional para celebrar los contratos pertinentes. (...)

Cabe precisar, que si bien es cierto que conforme al artículo 6° superior los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido, por lo cual "solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes", dicha norma no resulta aplicable cuando se trata de la atribución de funciones públicas. En este supuesto, sólo pueden llevar a cabo aquello que en virtud de la atribución viene a ser de su competencia y, conforme al propio artículo 6° de la Carta, responden entonces por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, como lo hacen los servidores públicos⁸.

No obstante, en esta materia se debe diferenciar el caso de las personas a las que se les asigna el cumplimiento de una función pública en los términos señalados -ley, acto administrativo, convención -, del supuesto de quienes prestan un servicio público, sometido en cuanto tal a un régimen legal especial pero que en sí mismo no implica necesariamente el ejercicio de una función pública⁹.

Por lo demás ha de tenerse en cuenta el evento de aquellas personas que contratan con el Estado pero sin asumir el ejercicio de funciones públicas, dado que solamente en determinados casos la ejecución de un contrato implica su ejercicio en cuanto se asuman prerrogativas propias del poder público.

⁴ Sentencia C-866 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵ Sentencias C- 702 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz y C-866 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁶ Sentencia C-091 de 1997 M.P. Dr. Jorge Arango Mejía

⁷ Sentencia C-866 de 1991. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

⁸ Ibidem Sentencia C-866/99 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. S.V. Antonio Barrera Carbonnel , Alfredo Beltrán Sierra y José Gregorio Hernández Galindo.

⁹ Ver Sentencias C-543/01 y C-233/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Sobre estas precisiones ver las Sentencias C- 563/98 M.P. Antonio Barera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz , así como C-543/01 y C-233 /02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Teniendo en cuenta las precisiones anteriores, es pertinente afirmar que es solamente en relación con el ejercicio de funciones públicas por particulares en aquellos casos que establezca y autorice la Constitución y la ley¹⁰ que se predica el grado especial de responsabilidad a que se ha hecho referencia, circunstancia que como se verá más adelante, es necesario tener en cuenta para el cabal análisis de las disposiciones acusadas en el presente proceso. (...)

De la evolución jurisprudencial que se ha destacado, se desprende entonces que el criterio esencial para determinar si un particular puede ser sujeto o no del control disciplinario, lo constituye el hecho de que este cumpla o no funciones públicas. (...)

Ahora bien, como ya ha señalado esta Corporación, las actividades de los servidores públicos, propias de su cargo o destino, son por esencia y definición funciones públicas, pues están dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del Estado¹¹.

Según la idea que fluye del artículo 123 de la Constitución, servidor público es en este sentido toda persona que ejerce a cualquier título una función pública y, en tal virtud, ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (C.P. arts. 123 y 125).

Así las cosas, la noción de "función pública" atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

Empero, debe la Corte señalar que la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión en un cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas (art. 123-3, 210-2, 267-2) o funciones públicas judiciales (art. 118-3). (...). (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Sobre la inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría, sus efectos y consecuencias, el Consejo de Estado ha reseñado el artículo 96 de la Ley 610 de 2000, desde la perspectiva de la Circular N° 117 de 2002 de la Contraloría Distrital, al señalar:

"El Artículo 60 de la ley 610 de 2000 dispone:

"Boletín de responsables fiscales. (...) El incumplimiento de esta obligación será causal de mala conducta. Los representantes legales, así como los nominadores y

¹⁰ Ver Sentencia C-089/94 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹¹ Ver Sentencia C-563/98 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Antonio Barrera Carbonnel.I.

demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín”.

Es también menester de la Sala, estudiar las consecuencias de la inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría; desde la perspectiva de la Circular N° 117 de enero 8 de 2002, que sostiene lo siguiente:

“Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín

Así las cosas, los llamados Deudores Fiscales se encuentran inhabilitados para ser Servidores Públicos o Contratistas del Estado, por lo cual es preciso aclarar que la prohibición consagrada en el artículo 60 de la Ley 610 de 2000 respecto de los representantes legales, nominadores y demás funcionarios competentes para nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato, con quienes aparezcan en el Boletín de Responsables Fiscales, se predica en cuanto el Estado es uno solo, cualquiera sea la Entidad Territorial en la que la persona con “antecedentes fiscales” haya cometido la conducta dolosa o culposa generadora del daño al patrimonio público y sobre ella recaiga un fallo con responsabilidad fiscal.

Siendo la moralidad, como antes se explicó, uno de los principios rectores de la Función Administrativa, la inhabilidad para desempeñar cargos públicos o para ser Contratista en cualquier de los niveles de la Administración (nacional, departamental, distrital o municipal) constituye un mecanismo de defensa del patrimonio público, por cuanto impide a los responsables fiscales obtener beneficios del Estado (del cual son deudores).

En este orden de ideas, en el momento del nombramiento o de la posesión como Servidor Público o en el instante de la selección de los Contratistas, además de los antecedentes judiciales y disciplinarios, los representantes legales o nominadores deben cerciorarse que las personas designadas o seleccionadas no sean responsables fiscales, para lo cual debe ser consultado el Boletín de Responsables Fiscales consolidado y publicado por la Contraloría General de la República y no la relación reportada por las Contralorías Territoriales; en caso contrario, se corre el

riesgo de incurrir en la prohibición señalada por el artículo 60 de la Ley 610 de 2000, lo cual constituye falta disciplinaria”¹²

Lo anteriormente expuesto fue retomado por la Corporación en el año 2015, en la sentencia del 1 de julio de 2015, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C, C.P. Olga Melida Valle de la Hoz, rad. No. 25000-23-26-000-2003-02438-01(32915).

La Corte Constitucional en la Sentencia C-651 de 2006, también se ha referido al mismo tema en los siguientes términos:

“4.2. Ahora bien, en ejercicio de la libertad de configuración legislativa, el Congreso de la República puede establecer requisitos y condiciones que limiten el derecho a ingresar a la función pública; sin embargo, el legislador debe adelantar su actividad con observancia del derecho a la igualdad de oportunidades que tienen todos los ciudadanos para acceder a las dignidades y empleos que el Estado ofrece (C.Po. arts. 13 y 40-7), procurando que mediante los límites que él establezca se realicen los principios de eficiencia, eficacia, transparencia y moralidad que orientan la actividad de la administración pública (C.Po. art. 209), implementando mecanismos que garanticen una selección objetiva de las personas que por sus méritos, virtudes profesionales, aptitudes académicas y experiencia laboral, resulten ser las más idóneas para ingresar a la función pública.

La igualdad de oportunidades para participar en el proceso de selección de las personas que ingresarán a la función pública ha sido estudiada en forma reiterada por la Corte Constitucional, explicando que el juicio de igualdad requiere la presencia de dos sujetos puestos en una misma situación fáctica o jurídica; una vez verificado este supuesto procede el análisis propiamente dicho sobre el cargo de igualdad propuesto. (...)

El constituyente restringió el derecho a acceder a la función pública, cuando en el artículo 125 superior dejó establecidos ciertos límites para el ingreso a la función pública, los cuales deben ser señalados por el legislador dentro de su potestad de configuración para el ingreso y ascenso a los cargos de carrera.

En efecto, es claro que en el sistema jurídico colombiano el Congreso de la República es la autoridad encargada de establecer los requisitos y las condiciones para que las personas ingresen, permanezcan, asciendan o sean retiradas de la función pública; se trata del poder de configuración legislativa merced al cual, atendiendo a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, el legislador puede señalar requisitos, prever inhabilidades, determinar incompatibilidades y, en general, condicionar el ingreso a los cargos y dignidades que el Estado dispensa a sus ciudadanos¹³.

Los principios de la democracia participativa quedan a salvo cuando es el legislador quien, en representación del pueblo, establece límites a la libertad de ingresar a la

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C, C.P. Olga Melida Valle De La Hoz, sentencia del 30 de enero de 2013, rad. No. 25000-23-26-000-1999-02745-01(25221).

¹³ Sobre la libertad de configuración legislativa en materia de acceso a la función pública pueden ser consultadas, entre otras, las sentencias C-373 de 2002, C-100 de 2004, C-311 de 2004 y C-720 de 2004.

función pública. Empero, esta atribución del Congreso de la República está sometida a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, con el propósito de no hacer nugatorio el derecho, es decir para impedir que resulte conculcado el núcleo esencial del mismo mediante el establecimiento de requisitos y condiciones que puedan significar desconocimiento o supresión del derecho que tienen todos los ciudadanos a participar en la vida cívica y política en condiciones de igualdad. (...)

Además, el inciso 3º del artículo 60 de la ley 610 de 2000, no trasgrede el texto de los artículos 25 y 40-7 de la Constitución Política, toda vez que mediante esta norma el legislador estableció límites al ejercicio del derecho al trabajo y a acceder al ejercicio de funciones públicas, con el propósito de garantizar principios constitucionalmente válidos, sin que tal restricción implique supresión o afectación del núcleo esencial de los derechos mencionados por el demandante.”.

En relación con las inhabilidades e incompatibilidades, la Corte Constitucional en la Sentencia SU625/15 señaló:

“En relación con este punto, desde sus primeros pronunciamientos, la Corte ha explicado que las inhabilidades son “aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público y, en ciertos casos, impiden que la persona que ya viene vinculada al servicio público continúe en él; y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos”(…). En otros términos, se ha referido a ellas como aquellos “requisitos negativos, cuya ocurrencia implica la inelegibilidad de la persona en quien concurren”(…).

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

Sobre el tema de los impedimentos, el Consejo de Estado se ha referido a estos así:

“Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional.

Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que

impida una decisión imparcial.”¹⁴ Se trata de situaciones que afecten el criterio del fallador, que comprometan su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso.”¹⁵

De conformidad con lo anterior y con base en lo expuesto, se considera que por la naturaleza de la actividad que desempeñaría la elegida para la curul del derecho a la participación, en el Consejo Consultivo LGBT, creado por el Acuerdo Distrital 371 de 2009, el hecho de estar reportada como deudora solidaria, según la certificación del Sistema de Información del Boletín de Responsables Fiscales, no constituye una inhabilidad ni un impedimento para posesionarse como Consejera Consultiva LGBT, por no comportar dicho ejercicio el cumplimiento de funciones públicas, ni ostentar la condición de particular encargada de realizar funciones públicas, ni configurar el nombramiento en un empleo público, ni la celebración de un contrato estatal.

En los anteriores términos se responde la consulta, la cual tiene el alcance del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



ANA LUCY CASTRO CASTRO
Directora Distrital de Doctrina y Asuntos Normativos

c.c. N.A.

Anexos: N.A.

Proyectó: Duvan Sandoval Rodríguez
Revisó: Ana Lucy Castro Castro



¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena, auto del 9 de diciembre de 2003, expediente S-166, actor Registraduría Nacional del Estado Civil. Consejero Ponente, Dr. Tarcisio Cáceres Toro.

¹⁵Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, providencia del 21 de abril de 2009, rad. No. 11001-03-25-000-2005-00012-01(IMP)J.