



Departamento Administrativo de la Función Pública

Concepto 99671

Fecha: 29-03-2019

Bogotá D.C.

REFERENCIA: Concepto jurídico en relación con el ejercicio de horas cátedra en universidades extranjeras y la prestación de servicios de salud en centros médicos en el extranjero por parte de senadores de la República.

A través de oficio radicado el 21 de marzo de 2019 en el Departamento Administrativo de la Función Pública solicita usted, en ejercicio del derecho de petición y en la facultad de pedir informes a los funcionarios autorizados que está prevista en el artículo 258 de la Ley 5ª de 1992, que le sean respondidas las siguientes preguntas:

1. *¿Es posible que un Senador en ejercicio dicte horas de cátedra académica en una universidad fuera del país? Si es posible, ¿cuál sería el máximo de horas permitidas semanal o mensualmente?*

2. *¿Es posible que un Senador en ejercicio atienda pacientes, desde su profesión de médico titulado, en un centro médico en Estados Unidos el cual no (tiene) ningún tipo de relación comercial con Colombia? Si es posible, ¿existirá algún impedimento en materia de remuneración económica y de horarios?*

Solicito la respuesta a estos siguientes interrogantes, toda vez no he podido encontrar precedentes aplicables en las normas aplicables y en la jurisprudencia relacionada. Asimismo, es menester aclarar que el espacio temporal que se suscita a partir de las preguntas es el de tiempo libre con el que cuentan los Congresistas en ejercicio, es decir, los días en los cuales no hay ningún tipo de actividad inherente a las labores propias del Congreso.

En atención al contenido específico de la consulta, las referencias y fundamentos que se exponen a continuación se dirigen en particular a los dos temas puntuales de la solicitud: la cátedra universitaria y la atención de pacientes médicos en territorio extranjero por parte de senadores de la República. Cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo laborado, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable.”

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales.

1. Naturaleza jurídica de los senadores de la República

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 114, 123 y 171 de la Constitución, los Senadores de la República, como miembros de la corporación pública de elección popular del orden nacional, son servidores públicos. Por tener dicha calidad, “están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”.¹

La condición de servidor público se adquiere desde la posesión,² hasta cuando se produzca su desvinculación del servicio por darse alguna de las causales de retiro previstas en el ordenamiento.³ Durante el lapso de su vinculación jurídica con el Estado, todo servidor público está sujeto al régimen de derechos, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de interés previsto en la Constitución y en la ley.⁴

En ese sentido, el artículo 124 de la Constitución dispone que “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”. Este mandato alude igualmente a los congresistas, por su carácter de servidores públicos.

En relación con su remuneración, el artículo 150 numeral 19 literal e) asigna al Congreso de la República la facultad para que, a través de una ley general, fije el régimen salarial y prestacional de los miembros del Congreso Nacional y el artículo 187 prevé que “La asignación de los miembros del Congreso se reajustará cada año en proporción igual al promedio ponderado de los cambios ocurridos en la remuneración de los servidores de la administración central, según certificación que para el efecto expida el Contralor General de la República”.

El numeral 4 del artículo 264 de la Ley 5ª de 1992 -Ley Orgánica del Congreso de la República dispone que los congresistas tienen derecho a “Recibir una asignación mensual [...]”.⁵

2. Régimen de incompatibilidades de los senadores

En materia de incompatibilidades el numeral 1º y en el párrafo 1º del artículo 180 de la Constitución establecen, en su orden, que los senadores de la República no podrán “Desempeñar cargo o empleo público o privado” y que “Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria”.

En relación con el régimen de incompatibilidades, en el proceso constituyente de 1991 se tuvo en cuenta que:

«(...) el congresista debe ser alguien que dedique de manera real su plena capacidad de producción intelectual y su tiempo a las labores propias del parlamento”.

2.3 PRESUPUESTOS BASICOS:

2.3.1 El congresista no puede celebrar contrato con persona de derecho público del orden nacional, departamental o municipal, centralizado o descentralizado. Tampoco hacer gestiones ante dichas personas para terceros ni en su propio interés salvo los casos en los que le sea forzoso actuar por llamamiento de la misma ley o por ser él mismo, o sus hijos menores sobre quienes ejerza la patria

potestad, sujetos pasivos de actuaciones del Estado frente a las cuales le asiste el legítimo derecho de respuesta o para proveerse de los bienes o servicios que suministra u ofrece el Estado a cualquier ciudadano en igualdad de condiciones. Para estos casos sería preciso aclarar que el congresista está obligado a someterse al procedimiento reglado y respetar las prioridades que puedan corresponderle a terceros.

2.3.2 La prohibición anterior debe extenderse a la realización de contratos con y la gestión ante personas de derecho privado que manejen fondos públicos, por ejemplo, contratistas del Estado, fundaciones o instituciones que reciben ayuda monetaria de presupuestos oficiales, administradores fiduciarios en contrato con cualquiera de las personas de derecho público enumeradas en el punto 2.3.1 supra, etc. (...).⁶

Según el artículo 181 de la Constitución, «Las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo. En caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior».⁷

En la sentencia C-497 de 1994 la Corte Constitucional resaltó las razones y los valores inmersos en el régimen de incompatibilidades previstos en la Constitución para los congresistas:

«Filosofía del régimen de incompatibilidades aplicable a los congresistas

El especial celo del Constituyente en establecer todo un conjunto de normas con arreglo a las cuales habrá de ser ejercido el cargo de congresista se explica no sólo por la importancia intrínseca del Congreso en el Estado de Derecho sino por la trascendencia de la investidura de quien, escogido en las urnas para integrar la Rama Legislativa, tiene en su cabeza la representación del pueblo.

Tales normas responden a las necesidades de asegurar los cometidos básicos de la institución y de preservar la respetabilidad de quienes la componen, merced al sano desempeño de las delicadas funciones que se les confían.

Entre los objetivos buscados por esta normativa se halla el de garantizar a los gobernados que las personas a quienes se ha distinguido con tan alta dignidad no abusarán de su poder, aprovechándolo para alcanzar sus fines personales, pues

la actividad a ellos encomendada debe estar exclusivamente al servicio del bien público.

En ese contexto se ubica el régimen de incompatibilidades de los congresistas, el cual, como ya lo subrayó esta Corte en Sentencia C-349 del 4 de agosto de 1994, es pieza fundamental dentro del Ordenamiento constitucional de 1991 y factor de primordial importancia para lograr los propósitos estatales, pues mediante ellas se traza con nitidez la diferencia entre el beneficio de carácter público, al cual sirve el congresista, y su interés privado o personal.

En el mismo fallo se puso de presente lo que significa la incompatibilidad como imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades. "Dada la situación concreta del actual ejercicio de un cargo -como es el de congresista para el caso que nos ocupa- aquello que con la función correspondiente resulta incompatible por mandato constitucional o legal asume la forma de prohibición".

En otros términos, estamos ante aquello que no puede hacer el congresista de manera simultánea con el desempeño de la gestión pública que le corresponde, por entenderse que, si las actividades respectivas fueran permitidas, se haría daño al interés público en cuanto se haría propicia la indebida influencia de la investidura para fines particulares.

De allí que haya sido vedado a los miembros del Congreso, durante el período constitucional -y, en caso de renuncia, durante el año siguiente a su aceptación si el lapso para el vencimiento del período fuere superior-, desempeñar cualquier cargo o empleo público o privado; (...)».

En concordancia con lo anterior, el artículo 183 Superior establece que los congresistas perderán su investidura, entre otras causas, cuando incurran en violación del régimen de incompatibilidades.⁸

Por su parte, la Ley 5ª de 1992, ley orgánica del Congreso, consagra varias disposiciones sobre el régimen de incompatibilidades de los senadores. En el artículo 281 señala que las incompatibilidades son todos los actos que los Congresistas no pueden realizar o ejecutar durante el período de ejercicio de la función. En el numeral 1º del artículo 282 reitera la restricción constitucional que impide a los congresistas desempeñar cargo o empleo público o privado. En el artículo 283 establece el régimen de excepciones a las incompatibilidades, entre las cuales, relacionadas con la prohibición para desempeñar cargo o empleo público o privado, señala las siguientes: nl. 1. Ejercer la cátedra universitaria; nl. 9.

Participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de acuerdo con la ley; nl. 10. Siendo profesional de la salud, prestar ese servicio cuando se cumpla en forma gratuita; nl. 11. Participar en actividades científicas, artísticas, culturales, educativas y deportivas; nl.12. Pertenecer a organizaciones cívicas y comunitarias y nl. 13. Las demás que establezca la ley.⁹

3. Las excepciones que autorizan a los senadores para ejercer la cátedra universitaria y prestar servicios en el área de la salud

Se retoman aquí las dos excepciones a las incompatibilidades de los senadores, que les permiten ejercer la cátedra universitaria y prestar servicios de salud.

En relación con el ejercicio de la cátedra universitaria, la Constitución y la ley 5ª de 1992, que prevén esa excepción, no señalan límite alguno al número de horas cátedra que pueden asumir los congresistas y tampoco remiten al legislador ordinario para fijarlo.

La regla constitucional general de la prohibición de “desempeñar cargo o empleo público o privado”. Es decir, el límite razonable y tolerable a la dedicación del congresista al ejercicio de la cátedra universitaria debe ser aquél que no altere la esencia o la finalidad de la prohibición que, de manera legítima, tal excepción relativiza.

«El Congresista está incurso en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 180-1 de la Carta Política, **cuando se demuestre el ejercicio de cualquier cargo, profesión u oficio que interfiera con su labor legislativa**, sea por interposición de horarios o porque pueda dar lugar a conflicto de intereses o al tráfico de influencias, salvo las excepciones expresamente previstas por el legislador. (...)

El Constituyente de 1991 previó la prohibición antes descrita **para que los Congresistas se concentraran en su labor legislativa y así evitar la distracción en labores ajenas a su designación** para lograr mayores frutos de la labor parlamentaria y una mayor eficiencia y productividad en la misma; además, quiso evitar que por su investidura y poder público que detentan, logren privilegios o prebendas que otro ciudadano en iguales condiciones no podría conseguir; prevenir el acopio de honores o poderes, y, además, que el ejercicio parlamentario esté ajeno a intereses personales, para que sea ejercido con independencia y transparencia».¹⁰ (Resaltado fuera del texto de la sentencia)

Por lo anterior, ante la ausencia de norma propia para los congresistas y en consideración a las particularidades en que ejercen su labor oficial,¹¹ se estima que el límite máximo de dedicación a la cátedra universitaria debe ser buscado en la normatividad vigente, con el fin de que los congresistas tengan un referente para establecer los alcances de la excepción prevista en el parágrafo 1º del artículo 180 de la Constitución. El límite de dedicación a la cátedra universitaria será aquel que no condicione ni entorpezca de manera alguna el cabal ejercicio de los deberes que le impone su calidad de senadores de la República. Como lo ha señalado el Consejo de Estado, «el congresista debe ser alguien que dedique de manera real su capacidad de producción intelectual y su tiempo - o a las labores del parlamento. (...) lo que prohíbe la Constitución Política no es la superposición de jornadas laborales, sino el quebrantamiento de la condición de dedicación exclusiva que impuso el constituyente al cargo de congresista. (...) no basta probar que el trabajo congresional no fue afectado para sustraerse de la sanción constitucional».¹²

En Relación con la posibilidad de que los congresistas, profesionales de la salud, puedan prestar sus servicios, en salud, «cuando se cumplan de forma gratuita».

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de esta excepción al régimen de incompatibilidades.

«Con respecto a la excepción contenida en el numeral 10 demandado, ésta aunque no ha sido creada por el legislador en desarrollo de las atribuciones que le confiere expresamente el artículo 180-2 de la Carta Política, según se deduce de su texto normativo, sí se deriva del mandato constitucional contenido en el artículo 95-2, según el cual es deber de la persona obrar conforme a la solidaridad social; por consiguiente, si el congresista es profesional de la salud, está habilitado para prestar sus servicios, en forma gratuita, en aras de garantizar ese principio-deber de solidaridad, y de ejercer dicha actividad en beneficio de la colectividad y del bien común. (...)

En conclusión, estima la Corporación que examinados los cargos formulados por el demandante contra el artículo 283 de la Ley 5ª de 1992, éstos no están llamados a prosperar, por cuanto los numerales acusados constituyen desarrollo de las atribuciones conferidas por la Carta Política al legislador, para establecer excepciones al régimen de incompatibilidades del congresista. Pero, además, porque las mismas, o bien tienen relación directa con las prohibiciones contenidas en el numeral 2º del artículo 180 de la Constitución, o constituyen desarrollo de normas constitucionales que reconocen derechos en cabeza de las personas, que

no pueden generar como consecuencia para el congresista, incompatibilidades en el ejercicio de su investidura». ¹³

Por su parte, el Consejo de Estado, al revisar el caso de un representante a la Cámara, médico de profesión, que ejercía la medicina de manera esporádica y gratuita en su municipio, se pronunció sobre la excepción prevista en el numeral 10 del artículo 283 de la Ley 5ª de 1992:

«Conforme al criterio jurisprudencial expuesto, para efectos de resolver el presente asunto, la Sala Plena debe tener en cuenta lo siguiente: 1) Está vedado al congresista el ejercicio de cualquier cargo, profesión u oficio que interfiera con su labor legislativa, sea por interposición de horarios o porque pueda dar lugar a conflicto de intereses o al tráfico de influencias; 2) La ley previó excepciones para la aplicación de las incompatibilidades, las cuales deben interpretarse en razón de las funciones y bajo los fines que persigue; y, 3) El criterio de primacía de la realidad frente a las formas debe aplicarse al calificar una incompatibilidad, de manera que si formalmente no existe una vinculación o contrato de trabajo pero se desempeñan las funciones y estas interfieren en las labores del Congresista o dan lugar a un ejercicio privilegiado, debe entenderse que la excepción no ampara esta clase de circunstancias”

(...)

De los testimonios recaudados la Sala concluye que el demandado sólo ejercía la profesión de médico, eventualmente, los sábados; no cobraba ni en dinero ni en especie por la prestación de la atención médica y prestaba sus servicios de manera pública en su consultorio a quien lo requiriera, independientemente de que sus pacientes tuvieran acceso a otros médicos dentro o fuera del Sistema de Seguridad Social en Salud». ¹⁴

En resumen, el senador de la República que sea médico de profesión podrá prestar servicios de salud cuando los cumpla de forma gratuita y su dedicación no entorpezca en manera alguna el cumplimiento de las atribuciones o deberes ni los valores y finalidad que le asisten de manera permanente mientras ostente la calidad de congresista.

4. Ejercicio de la cátedra universitaria y la prestación de servicios de salud por los senadores fuera del territorio nacional.

Dadas las dimensiones, la finalidad y el objeto de protección que tienen las incompatibilidades previstas en el artículo 180 de la Constitución, relacionadas con la dedicación a la labor parlamentaria, de una parte, y, de otra, el carácter restrictivo de las excepciones previstas en la Constitución y en la ley, se tiene, entonces, que, para los alcances de este concepto, resulta irrelevante que la cátedra universitaria o el ejercicio de la medicina se lleve a cabo en otro país pues lo que buscan las incompatibilidades está asociado con la dedicación, casi que de manera exclusiva, al ejercicio de su labor de congresista. Por ende, dicho objeto de protección puede ser, de la misma manera, cumplido o afectado si la actividad paralela a la de senador se desarrolla en el país o en el extranjero.

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con base en los anteriores criterios y disposiciones se responde la consulta en los siguientes términos:

1. ¿Es posible que un Senador en ejercicio dicte horas de cátedra académica en una universidad fuera del país? Si es posible, ¿cuál sería el máximo de horas permitidas semanal o mensualmente?

Los senadores de la República son servidores públicos, de tiempo completo, que tienen el derecho a percibir una remuneración fija mensual mientras ostenten su calidad de miembros de la corporación pública y están sujetos al régimen de derechos, deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades que les fija la Constitución y la ley.

Las correspondientes normas constitucionales tienen como finalidad propender por la dedicación de los congresistas a labores relacionadas con su calidad de servidores públicos, en los términos del artículo 123 de la Constitución, so pena de verse incurso en causales que puedan conducir a la pérdida de su investidura. Una de las inhabilidades constitucionales les impide desempeñar cargo o empleo público o privado, con excepción de la cátedra universitaria.

Por consiguiente, un senador está autorizado para ejercer la cátedra universitaria, en el territorio nacional o en el extranjero. Para ellos, la intensidad horaria no está condicionada por la norma, pero tal dedicación tendrá como límite máximo aquel que no implique desatender la misión, fines, funciones y deberes que le imponen su calidad de senador ni contrariar la filosofía del régimen de inhabilidades e

incompatibilidades aplicable a los congresistas, al cual ha hecho referencia la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-497 de 1994.

En caso de corresponder a la cátedra universitaria fuera del territorio nacional, por tratarse de un servidor público, deberá cumplirse en cada evento lo dispuesto por el artículo 129 de la Constitución y los correspondientes desarrollos dados por la Ley Orgánica del Congreso.

2. ¿Es posible que un Senador en ejercicio atienda pacientes, desde su profesión de médico titulado, en un centro médico en Estados Unidos el cual no (tiene) ningún tipo de relación comercial con Colombia? Si es posible, ¿existirá algún impedimento en materia de remuneración económica y de horarios?

Si bien las restricciones señaladas en precedencia están previstas para ser aplicadas en el territorio nacional, se estima que, dada la identidad de condiciones frente a la incompatibilidad analizada, las restricciones resultan igualmente aplicables cuando se trate de vinculaciones de carácter laboral en el extranjero, pues en ambos espacios podrían verse infringidos el objeto de protección y la finalidad de las referidas disposiciones superiores. Por ende, no habría ninguna diferencia sustancial frente al territorio nacional o extranjero en donde se cumplan las correspondientes actividades académicas o profesionales.

Para el caso concreto, en aplicación de lo dispuesto por el numeral 10 del artículo 283 de la Ley 5ª de 1992, el senador, médico de profesión, podrá ejercer la medicina en los Estados Unidos siempre que se cumplan las dos condiciones que han sido señaladas: (i) Que sea de forma gratuita y (ii) Que no afecte en manera alguna la dedicación profesional a su labor de congresista, la Constitución no hace distinción en si es en el territorio nacional o en el extranjero como factor para la aplicación de dicha prohibición.

En estos eventos regirá igualmente lo previsto en el artículo 129 de la Constitución y los correspondientes desarrollos en la legislación orgánica del Congreso.

III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto, en atención al derecho de petición de la referencia, se emite en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo – Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

AMGC/ALC/GCJ

12602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Artículo 123 de la Constitución.

2. El artículo 122 de la Constitución dispone 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”.

3. Artículo 125 de la Constitución.

4. «La Constitución no agotó el catálogo de las incompatibilidades aplicables a los congresistas, pues a la luz de estos preceptos, bien puede el legislador introducir nuevas causales de incompatibilidades igualmente obligatorias. (...) “las incompatibilidades son sólo en los términos en que lo establezca la Constitución o la ley, dentro de las condiciones que las normas hayan precisado. Quedan

excluidas las interpretaciones analógicas y extensivas». Corte Constitucional, Sent. C-497 de 1994.

5. En materia de remuneración, el Decreto 541 de 2018, expedido en ejercicio de los mandatos generales dados por la Ley 4ª de 1992, reajusta la asignación básica mensual para los miembros del Congreso de la República.

6. Asamblea Nacional Constituyente. Comisión Tercera. Gaceta 51 del 16 de abril de 1991. En: Corte Constitucional, Sents. C-349 de 1994 y C-985 de 1999.

7. “En desarrollo de sus atribuciones, el constituyente de 1991 dispuso en el artículo 180 de la Carta Política las incompatibilidades de los congresistas, entendidas éstas como aquellas actividades y actos que el congresista no puede hacer durante el período constitucional para el cual fue elegido, de manera simultánea con el desempeño del cargo, en procura de hacer efectivo el mandato constitucional contenido en el artículo 133 ibídem, según el cual “los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común”. Corte Constitucional, Sent. C-985 de 1999.

Esta regla se reitera en el artículo 284 de la Ley 5ª de 1992.

8. Esta regla se reitera en el artículo 296, nl. 2, de la Ley 5ª de 1992.

9. Las excepciones previstas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 no aplican para resolver los temas concretos objeto de consulta, por corresponder a temas diferentes al objeto de interés: (i) el desempeño de más de un empleo público y (ii) el reconocimiento de más de una asignación que provengan del tesoro público.

10. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá, D.C., 24 de mayo de 2011. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00924-00 (PI). En ese fallo el Consejo de Estado recordó que la misma Corporación Judicial, “En sentencia del 13 de febrero de 2001, Expediente AC-11946, Consejero ponente Dr. GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR, reiteró que **la existencia de la causal de pérdida de investidura se da por dos aspectos: el garantizar la dedicación exclusiva del Congresista al ejercicio de sus funciones**, y evitar que éste asuma o se coloque en una posición o situación tal, que le permita, propicie o facilite hacer tráfico de influencias u obtener privilegios”.

11. Entre otras características, la ausencia de una jornada ordinaria de trabajo y el régimen de las sesiones de la Corporación.

12. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P.: DOLLY PEDRAZA DE ARENAS. Bogotá, D. C. 7 de septiembre de 1994.

13. Corte Constitucional. Sent. C-985 de 1999.

14. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P.: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE. Bogotá, D. C., 31 de julio de 2007. Radicación número: 11001-03-15-000-2007-00554-00(PI).

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.