



Función Pública

Concepto 310801 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000310801

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000310801

Fecha: 24/09/2019 11:12:47 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Inhabilidad para aspirar al concejo por ser apoderado en demanda de reparación directa contra el municipio - RADICACIÓN. 20192060299602 del 27 de agosto de 2019.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por parte del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual consulta si existe inhabilidad para un abogado que aspira a ser elegido al concejo, teniendo en cuenta que funge como apoderado de una persona natural que interpuso demanda de reparación directa en contra del municipio al cual aspira ser elegido, y sobre qué debe entenderse por intervención en gestión de negocios, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente, es preciso indicar que de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y, por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

En ese sentido, sobre las inhabilidades para aspirar a ser elegido como concejal, la Ley 617 de 2000³ indicó:

"ARTÍCULO 40. DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES. El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

"ARTÍCULO 43. Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

1. Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien, como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.

4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha."

De acuerdo al artículo anterior, no se evidencia una restricción para que quien ha presentado demanda de reparación directa en contra del respectivo municipio, se inscriba como candidato o sea elegido concejal del mismo municipio.

Ahora bien, es preciso indicar que la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, estipula:

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

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

En este orden de ideas y para el caso objeto de consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica, en el caso que sea elegido como concejal y como tal tenga interés particular y directo en la decisión de un asunto en el que deba actuar, deberá estudiar la posibilidad de declararse impedido para conocer del respectivo asunto, so pena de ser recusado.

Para abordar su segundo interrogante relacionado con la inhabilidad contenida en el numeral 3° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, referente a lo que debe entenderse por gestión de negocios, es preciso indicar que el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias sentencias frente al alcance y el sentido de la causal de inhabilidad para aspirar a cargos públicos cuando el candidato ha intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas.

Al respecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia con Radicación número: 11001-03-15-000-2008-01234-00(PI) del 6 de octubre de 2009, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, respecto a la inhabilidad de gestión de negocios, señaló:

“5.1.2. Siguiendo los pronunciamientos de la Sala y la semántica de los vocablos utilizados en su descripción normativa, se puede decir que la connotación sustancial de esa causal, gestión de negocios ante entidades públicas, es la de realizar diligencias, en interés propio o de terceros, de manera directa o por interpuesta persona, con el fin de obtener la satisfacción de un interés especial de personas determinadas, como respuesta o resultas de esas gestiones, pues todo negocio comporta un interés jurídico de quienes intervienen en él, susceptible de plasmarse o concretarse en situaciones subjetivas que implican prestaciones o contraprestaciones, según se precisa a continuación:

La Sala, a propósito del tema, señaló:

“El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra “Gestionar” como “Hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o un deseo cualquiera”. Implica una conducta dinámica, positiva y concreta del gestor, en su propio interés o en el de terceros, con miras a obtener un resultado.

Si bien la “Gestión de negocios” es una causal de inhabilidad autónoma de la “Celebración de contratos”, los términos “negocios” y “contratos” pueden tener elementos comunes.

La celebración de contratos supone la realización de una gestión previa; la gestión de negocios busca la celebración o ejecución de contratos y en general, un beneficio particular a favor de la persona que lo adelanta o de un tercero, así el cometido no se concrete efectivamente.”⁴

En posterior sentencia reiteró:

“(…) gestionar consiste en “Hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera, y comúnmente se entiende como el adelantamiento de trámites en procura de una finalidad concreta”. Y para la Sala, la gestión “independientemente de su resultado, entraña una conducta dinámica, positiva y concreta del gestor, que debe estar comprobada y no ser el resultado de inferencias subjetivas o suposiciones perspicaces”. De lo anterior se infiere que la gestión se configura con una acción, se traduce en la actividad efectiva: la conducta concreta y real por medio de la cual se demanda ante un sujeto algo, sin que sea relevante, para configurar el concepto, el obtener la respuesta o la finalidad propuesta.”⁵.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que toda la expresión “gestión de negocios” significa literalmente “Cuasicontrato que se origina por el cuidado de intereses ajenos sin mandato de su dueño”, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia.

En concordancia con esa acepción, la expresión “gestor de negocios” es definido en el mismo diccionario como “Persona que, sin tener mandato para ello, cuida bienes, negocios o intereses ajenos, en pro de aquel a quien pertenecen”.

De suerte que la existencia de un interés especial en cabeza de personas determinadas, constituye un elemento medular de la gestión de negocios, sea cual fuere el ámbito jurídico en que ella se realice, toda vez que todo negocio comporta un interés jurídico de quienes intervienen en él, susceptible de plasmarse o concretarse en situaciones subjetivas que implican prestaciones o contraprestaciones especiales, cuya procuración del Estado, directamente o por interpuesta persona, para sí o para terceros, justamente se canaliza a través de la gestión del negocio ante una entidad pública.”

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la misma Corporación, en sentencia con Radicación número: 11001-03-15-000-2007-00581-00(PI) del 21 de abril de 2009, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, en cuanto a la gestión de negocios preceptuó:

“(…)”

Así, en Sentencia de 29 de julio de 2004, la Corporación afirmó:

"La gestión de negocios, resulta ser, sin duda, un factor contaminante que le resta pureza al sufragio y de contera al proceso electoral, en la medida que los partidos o movimientos políticos, en la senda de alcanzar las corporaciones de elección popular, deben competir en pie de igualdad, sin el auxilio de factores de poder que colocan en desventaja al adversario, tales como los vínculos jurídicos que surgen de la gestión de negocios con la administración, situación que permite al candidato gestor realzar su imagen respecto de sus oponentes, no al amparo de sus propias calidades, sino valiéndose para ello de los recursos del mismo Estado, que por supuesto no deben servir para promover o promocionar indirectamente a uno de los candidatos."⁶

Igualmente, la Sala plena de la Corporación, en Sentencia de 22 de octubre de 2002, precisó el alcance de la causal en los siguientes términos:

"...La celebración de contratos supone la realización de una gestión previa; la gestión de negocios busca la celebración o ejecución de contratos y en general, un beneficio particular a favor de la persona que lo adelanta o de un tercero, así el cometido no se concrete efectivamente.

(...)

"Sin embargo, no todas las diligencias que se adelanten ante las entidades públicas pueden ser asimiladas como "gestión de negocios", porque no necesariamente implican el rompimiento de la equidad frente a los demás candidatos a corporaciones públicas o frente a los particulares que también aspiran a obtener algún convenio con el Estado. Como lo señaló el Ministerio Público, actuaciones como los reclamos por facturación, resultan ajenos a esta causal, porque es fundamental que de las mismas emanen ventajas electorales."⁷

En cuanto al significado de las expresiones que hacen parte de la causal, según el Diccionario de la Lengua Española⁸ por gestión debe entenderse, la "[a]cción y efecto de gestionar"; gestionar significa "[h]acer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera"; y negocio es "1. Cualquier ocupación, quehacer, o trabajo. (...) 3. Todo lo que es objeto o materia de una ocupación lucrativa o de interés. (...) 5. Utilidad o interés que se logra en lo que se trata, comercia o pretende."

De ahí que la Sala Plena del Consejo de Estado⁹ tiene establecido que dicha causal "...comúnmente se entiende como el adelantamiento de trámites en procura de una finalidad concreta"; y que "[l]a gestión, independientemente de su resultado, entraña una conducta dinámica, positiva y concreta del gestor, que debe estar comprobada y no ser el resultado de inferencias subjetivas o suposiciones perspicaces". De donde también ha inferido que la conducta prohibitiva de gestión se configura con una acción que se traduce en actividad efectiva, esto es, "la conducta concreta y real por medio de la cual se demanda ante un sujeto algo, sin que sea relevante [se insiste], para configurar el concepto, el obtener respuesta o la finalidad propuesta"¹⁰ y para lo cual "resulta necesario tener en cuenta el móvil o causa de la misma".¹¹

En conclusión, para que se configure la inhabilidad y prospere la condigna sanción de pérdida de investidura por incurrir el congresista cuando fue candidato en la prohibición de intervención en gestión de negocios ante entidades públicas, prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, debe estar demostrada la conducta o actividad dinámica, positiva, sería, real y concreta, desplegada o promovida ante el órgano o ente oficial con el propósito de obtener determinado provecho, utilidad o interés, en beneficio propio o en el de terceros."

Finalmente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en sentencia con Radicación número: 73001-23-31-000-2007-00714-01 del 26 de febrero de 2009, Consejero Ponente: Mauricio Torres Cuervo, señaló:

"Gestión de negocios. Como evento de inhabilidad para ser elegido Diputado consiste en la intervención directa en diligencias y actos positivos ante entidades públicas, del nivel departamental, tendientes a la consecución de un negocio de que pueda derivarse lucro o un beneficio cualquiera, dentro del año anterior a la elección. Se considera que en este evento de inhabilidad lo relevante es la potencialidad de la participación en dichas diligencias o actos que pueden otorgar al aspirante, que interviene, ventajas sobre el electorado frente a los demás candidatos; de manera que para su configuración no importa el resultado obtenido, es decir, si se realizó el negocio o no, sino que efectivamente se realizaran tales gestiones. En consecuencia, para constatar su ocurrencia es suficiente demostrar que el elegido efectivamente intervino en la gestión¹² y ello requiere de la prueba de los siguientes supuestos: i) la elección del Diputado demandado, ii) la intervención en diligencias tendientes a conseguir un negocio de que pueda derivarse lucro u otro beneficio cualquiera, iii) que las diligencias se realizaran

dentro del año anterior a la elección, y iv) la naturaleza pública y, en este caso, de orden departamental de las entidades ante quienes se realizaron dichas diligencias.

Es necesario señalar que no constituye gestión de negocios la intervención que se hace en igualdad de condiciones como cualquier ciudadano o asociado, como la solicitud de servicios de educación en universidad pública o la compra de mercancías con renta directa al público, etc.”

En consecuencia, con respecto a la inhabilidad que se analiza, la jurisprudencia ha definido la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas como la realización de diligencias, en interés propio o de terceros, de manera directa o por interpuesta persona, con el fin de obtener la satisfacción de un interés especial de personas determinadas, como respuesta o resultados de esas gestiones, pues todo negocio comporta un interés jurídico de quienes intervienen en él, susceptible de plasmarse o concretarse en situaciones subjetivas que implican prestaciones o contraprestaciones.

Como puede observarse, según el Consejo de Estado, la gestión de negocios busca un beneficio particular a favor de la persona que lo adelanta o de un tercero, así el cometido no se concrete efectivamente.

Actuaciones como los reclamos por facturación, la solicitud de servicios de educación en universidad pública o la compra de mercancías con renta directa al público no se consideran como “gestión de negocios”, porque no necesariamente implican el rompimiento de la equidad frente a los demás candidatos a corporaciones públicas o frente a los particulares que también aspiran a obtener algún convenio con el Estado.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica acogiendo el criterio del Consejo de Estado expuesto anteriormente considera que actuaciones previas a la celebración de un contrato se entenderán como “gestión de negocios” cuando i) el aspirante haya intervenido en diligencias tendientes a conseguir un negocio de que pueda derivarse lucro u otro beneficio cualquiera, ii) que las diligencias se realizaran dentro del año anterior a la elección, y iii) la naturaleza pública, en este caso, de orden municipal de las entidades ante quienes se realizaron dichas diligencias.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz
2. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.
3. Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.
4. Sentencia de 22 de octubre de 2002, expediente núm. 11001-03-15-000-2002-0504-01(PI-046), consejera ponente, doctora Ligia López Díaz.
5. Sala Plena, sentencia de 27 de junio de 2006, expediente 2005 - 1331 (PI), actor: Julián Evangelista González, C. P. doctor Ramiro Saavedra Becerra.
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 29 de julio de 2004, Exp. No.: 17001-23-31-000-2003-1555-01 (3413), Consejera Ponente: María Nohemi Hernández Pinzón.
7. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 22 de octubre de 2002, Exp. 11001-03-15-000-2002-0504-01(PI-046), Consejera ponente: Ligia López Díaz.
8. Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, 2001, Págs. 769 y 1066.
9. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 8 de octubre de 1996. Expediente AC 3864. Consejero Ponente: Juan Alberto Polo F., reiterada, entre otras, en Sentencia de 28 de noviembre de 2000. Exp. AC-11349, Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.
10. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 27 de junio de 2006. Expediente 11001-03-15-000-2005-1331 (PI), Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.
11. Sentencia citada en el punto anterior.
12. Ver entre otras sentencias de la Sección Quinta la de 6 de marzo de 2003 exp. 3064, y la de 10 de marzo de 2005 exp. 3451.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:03:20