



Concepto 16691 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000016691

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000016691

Fecha: 16/01/2020 04:01:46 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Incompatibilidad de concejal como representante de las víctimas. Radicado: 20199000413772 del 19 de diciembre de 2019

En atención a la comunicación de la referencia, mediante el cual consulta si se configura incompatibilidad de un concejal para continuar en la representación de las víctimas en el Comité Territorial de Justicia Transicional, me permito manifestarle lo siguiente:

Respecto de las inhabilidades de quienes aspiran a ser elegidos como concejales, la Ley 617 de 2000¹, señala:

«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:

(...)

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.

(...). (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la anterior norma, se encuentra inhabilitado para ser elegido concejal municipal quien dentro del año anterior a la elección haya:

a) Intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal dentro del año anterior a la elección.

b) Intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o en el de terceros, siempre y cuando la ejecución o cumplimiento del contrato deba darse en la circunscripción del municipio o distrito en el cual se efectúe la respectiva elección y dentro del año anterior a ésta.

c) Haber 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.

Para el caso en consulta, nos referiremos a la intervención en la gestión de negocios y la intervención en la celebración de contratos.

Respecto del alcance y sentido de la causal de inhabilidad para aspirar a cargos públicos, cuando el candidato ha intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo 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, afirmó:

«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 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, 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.”²

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 propuesta³.

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».

A su vez, 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:

“4.1.2.2. Ahora bien, en cuanto al fondo del cargo, la jurisprudencia de la Corporación ha advertido que la inhabilidad para ser congresista consagrada en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, esto es, aquella que se predica de quien hubiere intervenido en la gestión de negocios dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección, se encuentra fundada en la necesidad de prevenir y erradicar factores que puedan alterar o desequilibrar indebidamente los resultados de las elecciones, con ruptura del principio de igualdad (art. 13 C.P.) y violación del derecho fundamental a participar en la conformación del poder político (art. 40 C.P.), toda vez que los candidatos que se encuentran en dichas circunstancias adquieren una ventaja no justificada frente al candidato común y corriente, derivada de su proximidad con el poder y con el tesoro público, esto es, de su cercanía con la capacidad a nombre del Estado para actuar en la comunidad, de manera que se creen a su favor unas condiciones que influyen en forma necesaria en la intención del votante y, por ende, que resultan determinantes para su elección.”⁴

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.”⁵

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.

“El artículo 179-3 busca que quienes aspiren a integrar las corporaciones públicas no tengan ventaja frente a los demás candidatos, por utilizar factores como los vínculos jurídicos creados por la gestión de negocios o la celebración de contratos con el Estado; ni pueda influir en el electorado al haber administrado recursos públicos, durante los seis meses anteriores a la elección.”⁶

“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 “[acción y efecto de gestionar”; gestionar significa “hacer 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 Estado⁸ 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”⁹ y para lo cual “resulta necesario tener en cuenta el móvil o causa de la misma”.¹⁰

(...)

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 gestión¹¹ 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.».

De conformidad con las normas y jurisprudencias anteriormente citadas, la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas es entendida 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.

En virtud de lo anterior, se considera que en el análisis de la inhabilidad para el caso específico, corresponderá determinar, si como representante legal de las víctimas, intervino o realizó diligencias para la gestión de los negocios con el municipio, citados en su comunicación, y, si esta actividad la realizó dentro del año anterior a las elecciones en el mismo municipio en el cual aspira ser elegido concejal.

De acuerdo con lo expuesto, se precisa que en el evento que quien, como persona particular y representante legal de víctimas, haya gestionado negocios con el municipio o celebrado contratos durante el año anterior a las elecciones locales, se encontrará inhabilitado para postularse para ser elegido en el cargo de concejal.

Así las cosas, para el análisis de la inhabilidad en el caso de su consulta, se debe determinar si dentro del año anterior a las elecciones locales gestionó negocios con el municipio o si dentro del año anterior suscribió algún tipo de contrato y si el mismo se ejecutó en el mismo municipio donde tiene aspiraciones electorales como concejal.

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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. “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”.

2. Sentencia de 22 de octubre de 2002, expediente núm. 11001-03-15-000-2002-0504-01(PI-046), consejera ponente: Ligia López Díaz.

3. Sala Plena, sentencia de 27 de junio de 2006, expediente 2005 - 1331 (PI), actor: Julián Evangelista González, C. P. doctor Ramiro Saavedra Becerra.

4. Igualmente, en los debates de la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente, a la que le correspondió el Estatuto del Congresista, en sesión de 29 de abril de 1991, se señaló respecto de la filosofía de esta inhabilidad lo siguiente: “En cuanto al tema de por qué la gestión de negocios inhabilita para presentarse como candidato y para ser elegido, es un tema que muchos de los presentes han tratado y algunos no entienden la razón de ser, básicamente tiene dos cuestiones, uno, es el hecho de evitar que una persona con dineros del Estado, si es contratista, haga las labores de la campaña o a través de hacer la obra en una comunidad que se siente beneficiada, adquiera la influencia necesaria para ser elegida (...); adicionalmente no hay duda de que la eventualidad de ser elegido a una corporación crea una situación de ventaja frente a la entidad o empleado público ante la cual una persona está gestionando, si un abogado para poner a cualquier persona, está haciendo una gestión ante cualquier empleado público que considera que muy pronto va a ser elegido, por ejemplo senador, y por consiguiente va tener una influencia sobre su labor en el Estado, es indudable que el ánimo de ese empleado que atiende a quien gestiona es muy distinto que si es un hijo de vecino cualquiera, de tal manera que aquí hay efecto de doble vía, es además de impedir que se utilice la gestión, el contrato, la capacidad a nombre del Estado para actuar sobre la gestión, también se trata de impedir que la hipotética posibilidad de ser elegido cree a su favor unas condiciones frente al Estado que no tendrían los demás de tal manera que hay una razón de equilibrio de una vía y otra...” Cfr. Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes discusión del artículo 179 de la Constitución Política, Consulta textual y referencial, Págs. 28 y 29. (Subrayado fuera de texto)

5. 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 Nohemí Hernández Pinzón.

6. Respecto del régimen de inhabilidades dijo la Asamblea Nacional Constituyente en la informe ponencia para primer debate en la plenaria de la asamblea del 16 de abril de 1991, lo siguiente: "Inhabilidades. 1.1. Objeto: evitar que se utilicen los factores de poder del Estado con fines electorales e impedir que personas indignas puedan llegar al Congreso. (...) Por otra parte, quien mantiene relaciones particulares y específicas con el gobierno, como contratista o gestor ante las autoridades públicas, debe ser objeto de una norma especial, puesto que si en el régimen de incompatibilidades se establece la prohibición de contratar con el Estado y hacer gestiones en nombre de terceros, una persona que fuere elegida mientras mantiene la condición de contratista o de gestor quedaría por el solo hecho de la elección incurso en la causal de incompatibilidad y sometido a la pérdida de investidura. Conviene, además, establecer un tiempo antecedente durante el cual opera la inhabilidad para evitar que ocurran sustituciones de última hora con las que se pretenda burlar la inhabilidad, y que la misma candidatura a una corporación sirva para obtener ventajas adicionales en la gestión frente al gobierno." (Gaceta Constitucional N.º 51 del 16 de abril de 1991.)"

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 13:55:17