



Función Pública

Concepto 125361 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000125361

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000125361

Fecha: 12/04/2021 09:12:55 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Congresista. Creación de fundación sin ánimo de lucro. Rad. 20219000153752 del 23 de marzo de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual solicita se le informe cuáles son las limitaciones que tiene como congresista y funcionaria pública, para poder proceder con la constitución legal de la fundación y su desarrollo, con el fin de no tener ningún percance jurídico, en cuanto a inhabilidades o prohibiciones ocasionadas por su investidura, me permito manifestarle lo siguiente:

Con respecto a las incompatibilidades de los Congresistas, la Constitución Política señala:

“ARTICULO 180. Los congresistas no podrán:

1. Desempeñar cargo o empleo público o privado.
2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.
3. <Numeral modificado por el parágrafo 2o. artículo 2o. del Acto Legislativo No. 3 de 1993. El nuevo texto del numeral es el siguiente:> Ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos.
4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones.

PARAGRAFO 1o. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.

PARAGRAFO 2o. El funcionario que en contravención del presente artículo, nombre a un Congresista para un empleo o cargo o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, incurrirá en causal de mala conducta.”

De acuerdo con la información suministrada en la petición, la intención de la consultante es crear una fundación sin ánimo de lucro para mejorar la calidad de vida de algunas personas en situaciones especiales. En tal virtud, la incompatibilidad a analizar será la prevista en el numeral 2° del artículo 180 citado.

Ahora bien, debe señalarse que en principio se considera que la constitución, *per se*, de la citada fundación sin ánimo de lucro no constituiría una incompatibilidad para un congresista. Sin embargo, en el evento en que ésta gestione asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, podría configurarse la causal de incompatibilidad.

Sobre la prohibición contenida en el numeral 2° del artículo 180 de la Carta,

“Generalidades de la intervención en gestión de negocios y celebración de contratos con entidades públicas.

La teleología de esta inhabilidad es preventiva y proteccionista de la igualdad de los aspirantes a las justas electorales, bajo el propósito de precaver vicios en la relación del candidato con las entidades públicas que implique la indebida utilización de esa condición de candidato en las actividades que adelante ante aquellas y, evitar, vicios de mayor trascendencia, como es que el candidato utilice sus vínculos y relaciones con las entidades públicas en beneficio de sus intenciones electorales o que el electorado asocie, deduzca o concluya que verlo en tratativas con las entidades públicas le aventaja y con ello acreditarse ante los electores para obtener los votos.

Desde las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente se tenía claro el propósito de consagrar esta inhabilidad, como se lee en el siguiente aparte:

“En cuanto al tema de porqué 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 (...).”

La intervención en esta causal de inhabilidad se materializa en dos conductas plenamente diferenciables, la primera de ellas, la gestión de negocios, que como su nombre lo indica es simplemente entrarse en las tratativas precontractuales, sin que se requiera en efecto la culminación o logro de la celebración del contrato o negocio jurídico de que se trate y, la segunda, la celebración del contrato, implica la concreción de la intervención en un vínculo negocial que obligue a las partes contratantes, es decir, que se trate del contrato mismo.

Sobre la causal descrita, ha señalado la jurisprudencia:

“(…) se advierten dos conductas inhabilitantes para la elección de Congresista, por una parte, la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas, y por otra, la intervención en la celebración de contratos estatales. Sobre estas dos formas de intervención la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que en materia de inhabilidades electorales cada una de estas formas de intervención es autónoma y “abiertamente distinta”. Así, la gestión debe ser referente a negocios y pretende un lucro o el logro de un fin cualquiera, por ello tiene mayor amplitud; mientras que la celebración de contratos sólo atiende a la participación del candidato en la celebración del respectivo contrato, hecho que por expresa voluntad de la ley resulta ser en este caso el constitutivo de inhabilidad siempre que se trate de contratación estatal. Ambos eventos o causales deben tener ocurrencia dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección.

Señala la jurisprudencia que cuando la gestión de negocios ante entidades públicas concluye en la celebración de un contrato, esta causal sólo podrá ser examinada como intervención en la celebración de contratos. Por el contrario, si la gestión tendiente a la realización de un contrato no tiene éxito, entonces la causal se analiza sólo como gestión de negocios propiamente dicha²⁵.

Asimismo, cuando se trata de celebración de contratos estatales, las etapas subsiguientes tales como su ejecución y liquidación no se tornan ni configuran inhabilidad por intervención en gestión de negocios, precisamente porque el fin de la negociación que era el contrato ya se obtuvo, y ante la materialidad misma del contrato estatal la inhabilidad únicamente podría tipificarse por la celebración de contratos en interés propio o de terceros^{26, 27}.

De otra parte, como lo ha precisado la Corporación²⁸, el alcance de la inhabilidad debe ser interpretado en forma estricta y restringida a los supuestos expresamente tipificados, dada la naturaleza de limitación al ejercicio de un derecho político, como lo es el de ser elegido (negrillas y subrayado del original).

En el caso concreto, se endilgan al congresista demandado las dos descripciones típicas iniciales de la causal, según las cuales intervino en la gestión de negocios ante entidades públicas y en la celebración de contratos ante las mismas en interés propio o de un tercero.

4.4.1. En primer lugar, la Sala delimitará la causal de pérdida de investidura desde la hipótesis de “haber intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas”.

Los verbos rectores de este primer segmento normativo de la causal sancionatoria consisten en “intervenir” y “gestionar”.

La palabra intervenir es equívoca y, en consecuencia, tiene una multiplicidad de significados, entre ellos los siguientes: i) examinar y censurar las cuentas con autoridad, ii) controlar y disponer de una cuenta bancaria por mandato o autorización, iii) ofrecer o pagar por cuenta del librador, iv) dirigir, limitar o suspender el libre ejercicio de funciones, v) hacer parte de un asunto e vi) interceder o mediar por alguien²⁹.

De igual manera, gestionar tiene varios significados como verbo transitivo según el Diccionario de la Real Academia (edición del tricentenario): el primero, consistente en “llevar adelante una iniciativa o un proyecto”; el segundo, “ocuparse de la administración, organización y funcionamiento de una empresa, actividad económica u organismo” y, finalmente, el tercero, “manejar o conducir una situación problemática”.

Por su parte, existe un elemento objetivo que califica los verbos rectores, toda vez que la gestión debe estar encaminada a “negocios”, palabra que proviene del latín negotium, y que tiene variedad de significados, entre los que se encuentran: ocupación, quehacer, trabajo; dependencia, pretensión, tratado o agencia; aquello que es objeto o materia de ocupación lucrativa o de interés; acción o efecto de negociar; utilidad o interés que se logra en lo que se trata, comercia o pretende y el local en que se comercia algo.

En ese orden de ideas, el gestor es aquella persona que gestiona o participa en la administración de una empresa, de un negocio o de una organización. Por tal motivo, el mismo diccionario define al gestor(a) de negocios como la “persona que se dedica profesionalmente a promover y activar en las oficinas públicas asuntos particulares o de sociedades” o “la persona que sin tener mandato para ello, cuida bienes, negocios o intereses ajenos en pro de aquel a quien pertenecen”.

La Sala ha tenido ocasión de ocuparse del alcance de los verbos rectores de la inhabilidad objeto de análisis, en los siguientes términos:

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 efectivamente³⁰.

Además, la Sala ha puntualizado que gestionar, independientemente del 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"³¹.

Por consiguiente, gestionar supone o implica manejar, conducir, llevar adelante algo, de allí que la Sala Plena de la Corporación ha exigido que para la acreditación objetiva de la causal de pérdida de investidura se establezca y acredite un comportamiento activo, dinámico del congresista en la gestión del negocio con la entidad pública. En otros términos, la conducta que se reprocha al congresista no es la de simple espectador, pues el verbo rector exige que su acción haya estado encaminada hacia un determinado fin, esto es, la consecución de un negocio o su perfeccionamiento con una entidad pública, con independencia de su resultado o efectiva celebración.

En efecto, el contenido y alcance de los verbos rectores intervenir y gestionar es positivo, activo o dinámico, en tanto requiere que la persona controle, disponga, haga parte de un asunto, interceda o medie por alguien en llevar adelante algo, en este caso, un negocio ante una entidad estatal.

En tal virtud, lo que se sanciona, en este supuesto de la causal, es la acción positiva, modificatoria del mundo exterior, que haya estado directamente orientada o dirigida a llevar adelante una iniciativa o un proyecto ante una entidad pública; a ocuparse de la administración de una actividad, prestación o servicio a su cargo o, finalmente, manejar o solucionar un problema de la misma.

De modo que, a partir de esta conceptualización, lo que sería imputable o atribuible a la persona es su intervención positiva, dinámica y concreta ante una entidad pública, para la búsqueda de un objetivo específico que tenga como propósito la búsqueda de un beneficio para sí, o para un tercero, de naturaleza no necesariamente económica y con independencia de que se obtenga o no, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de las elecciones."

Del citado fallo podemos extractar las siguientes premisas:

- La incompatibilidad prevista en el numeral 2° del artículo 180 de la Carta, se materializa en dos conductas diferenciadas: la primera de ellas, la gestión de negocios, que como su nombre lo indica es simplemente entrarse en las tratativas precontractuales, sin que se requiera en efecto la culminación o logro de la celebración del contrato o negocio jurídico de que se trate y, la segunda, la celebración del contrato, implica la concreción de la intervención en un vínculo negocial que obligue a las partes contratantes, es decir, que se trate del contrato mismo.

- El verbo "gestionar" señalado en la causal de incompatibilidad, consistente en "llevar adelante una iniciativa o un proyecto", "ocuparse de la administración, organización y funcionamiento de una empresa, actividad económica u organismo" y/o "manejar o conducir una situación problemática".

- Supone del congresista su intervención positiva, dinámica y concreta ante una entidad pública, para la búsqueda de un objetivo específico que tenga como propósito la búsqueda de un beneficio para sí, o para un tercero, de naturaleza no necesariamente económica.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera lo siguiente:

1. La creación de una fundación sin ánimo de lucro para mejorar la calidad de vida de algunas personas en situaciones especiales no configura, en sí misma, una causal de incompatibilidad para un congresista.

2. No obstante, en el evento que por las actividades de la citada fundación el congresista gestione asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, o celebre con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, se configurará la incompatibilidad contenida en el numeral 2° del artículo 180 de la Carta.

3. En caso de configurarse la causal de incompatibilidad, podrá adelantarse el proceso de pérdida de la investidura, situación que sólo puede ser adelantada, calificada y fallada por el Consejo de Estado.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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 CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:53:25