



Función Pública

Concepto 188851 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000188851

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000188851

Fecha: 15/05/2023 12:14:04 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Alcalde. Inhabilidad para aspirar al cargo por gestión de negocios. RAD. 20232060268682 del 8 de mayo de 2023.

El Consejo Nacional Electoral, mediante su oficio No. CNE-S-2023-002581-OJ del 5 de mayo de 2023, remitió a este Departamento su solicitud, mediante la cual solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

Se declare la nulidad de los actos administrativos correspondientes a los comparendos electrónicos a su nombre. Si, en caso de continuar con el proceso y resultar beneficiario del "Programa de reactivación y fortalecimiento económico empresarial local mediante la entrega de estímulos, incentivos y/o subsidios en el sector primario, secundario o terciario del municipio de San José de la Montaña", se podría ver inmerso en alguna inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de interés para inscribir su candidatura a la Alcaldía del mismo municipio, así como desempeñarse como Alcalde en caso de ser elegido. En caso de ser necesaria su renuncia al programa, solicita se le indique el plazo máximo para presentar su renuncia para evitar algún problema de índole electoral. Cuál es el fundamento normativo al que debe acudir para determinar las circunstancias o caso de posible inhabilidad para ser Alcalde.

Sobre las inquietudes expuestas, me permito manifestarle lo siguiente:

De acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016, "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública", a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por consiguiente, no se encuentra facultado para declarar derechos individuales ni dirimir controversias cuya decisión está atribuida a los jueces como es el caso de la configuración de inhabilidades e incompatibilidades, ni tampoco es un órgano de control o vigilancia. Para tales efectos debe acudir al juez o autoridad competente, previo agotamiento del procedimiento legalmente establecido.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta con el objeto que cuente con la información necesaria para adoptar las decisiones respectivas.

Para desatar las preguntas, se debe atender lo señalado por la Ley [617](#) de 2000, "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", que en su artículo 37 dispone:

"Artículo [37](#). Inhabilidades para ser alcalde. El artículo [95](#) de la Ley [136](#) de 1994, quedará así:

ARTÍCULO [95](#).- Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal 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. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, 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 de salud en el

régimen subsidiado en el respectivo municipio.
(...)"

De acuerdo con la norma anteriormente transcrita, no podrá ser inscrito como candidato ni elegido alcalde, quien dentro del año anterior a la elección, entre otras, haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital.

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.

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 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."*¹

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."*²

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." (Se resalta)

En el mismo año, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la misma Corporación, en sentencia con Radicación número: 11001-03-15-000-2008-01181-00(PI) del 10 de noviembre de 2009, Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso, afirmó:

"Según el Diccionario de la Academia Española³, 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".

La Sala ha enfatizado que 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"⁴

Así, pues, 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.

Empero, no cualquier gestión, configura la incompatibilidad que se analiza. Es indispensable tener en cuenta el móvil o causa de la misma. La

gestión que configura la incompatibilidad que se estudia comprende la actuación del parlamentario ante una entidad pública o ante cualquier sujeto que administre tributos, para obtener resultados en beneficio propio o de intereses particulares, ajenos a los de la colectividad que representa.

Así lo puso de presente la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada de los numerales 6 y 8 del artículo 283 de la Ley 5ª de 1992 “en el entendido de que las acciones, gestiones, intervenciones y convenios en ellos autorizados estarán circunscritos exclusivamente a la satisfacción de necesidades de interés general.” (Se resalta)

Adicionalmente, analizando el concepto de “estión de negocios” en la elección de un Diputado, 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 gestión⁵ 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.

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.” (Se resalta)

De los pronunciamientos expuestos, podemos extraer las siguientes premisas relacionadas con la inhabilidad por gestionar negocios:

El vocablo “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, 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.

La gestión está dirigida a obtener resultados en beneficio propio o de intereses particulares.

Para constatar la ocurrencia de la inhabilidad, es suficiente demostrar que el elegido efectivamente intervino en la gestión y ello requiere de la prueba de los siguientes supuestos:

- La elección del demandado (en el caso que haya sido elegido y la Jurisdicción analice si se configura o no la inhabilidad).
- La intervención en diligencias tendientes a conseguir un negocio de que pueda derivarse lucro u otro beneficio cualquiera.
- Que las diligencias se realicen dentro del año anterior a la elección.
- La naturaleza pública de las entidades ante quienes se realizaron dichas diligencias.

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.

En cuanto al caso planteado, y según los anexos de la consulta, el aspirante al cargo de Alcalde pretende acceder a beneficios que pueden ser un subsidio de \$4.500.000, un incentivo de \$15.000.000 o un apoyo de microempresa de \$50.000.000, lo que evidencia un claro beneficio en favor de quien sea concedido. Las condiciones para el reconocimiento de los beneficios se plasman en una resolución de reglamentación emitida por la Alcaldía Municipal, no aportada en la consulta, pero que seguramente implican una gestión por parte de quien aspira al beneficio y, la decisión, por parte de la Alcaldía municipal como entidad coordinadora del programa. Adicionalmente, los recursos del programa provendrán, la mayoría, de dineros públicos: FONPET, recursos de libre inversión y el SGP.

Así las cosas, si el beneficio lo obtiene dentro de los 12 meses anteriores a la elección de Alcalde, se configurarían los elementos para la inhabilidad contenida en el numeral 3º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, sobre la participación en negocios, pues se obtiene un lucro u otro beneficio cualquiera, lo gestiona la alcaldía del municipio donde aspira a ser elegido y se trata de dineros provenientes del sector público. No obstante, se recuerda que es deber del consultante analizar y verificar si se configuran los elementos de la inhabilidad para establecer si se presenta o no en el caso consultado.

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

Respecto a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos correspondientes a los comparendos electrónicos a su nombre, primero, no se trata del tema consultado y, segundo, no es competencia de este Departamento decidir sobre la nulidad de actos administrativos. Si el beneficio

proveniente del "Programa de reactivación y fortalecimiento económico empresarial local mediante la entrega de estímulos, incentivos y/o subsidios en el sector primario, secundario o terciario del municipio de San José de la Montaña", lo obtiene dentro de los 12 meses anteriores a la elección de Alcalde, se configurarían los elementos para la inhabilidad contenida en el numeral 3° del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, sobre la participación en negocios, pues se adquiere un lucro o beneficio, se gestiona ante la alcaldía del municipio donde aspira a ser elegido y se trata de dineros provenientes del sector público. Si efectivamente se otorga y entrega el beneficio dentro de los 12 meses anteriores a la elección, el aspirante al cargo de Alcalde se encuentra inhabilitado para aspirar a él. Para evitar la configuración de la inhabilidad, deberá renunciar a obtener los beneficios del programa, antes de que sea concedido. Las anteriores conclusiones están basadas en lo señalado por la Ley 136 de 1994 y en los pronunciamientos del Consejo de Estado citados en el cuerpo del concepto.

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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Claudia Inés Silva

Revisó y aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

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

3 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de Española 21ª Ed. 1992, p. 732.

4 Sentencia del 28 de noviembre de 2000, Expediente No 11349, ya citada.

5 Ver entre otras sentencia 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: 2024-12-12 08:15:44