



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000139561

Fecha: 19/08/2015 05:11:49 p.m.

Bogotá D. C.,

Señora

MARTHA SOCORRO DUQUE VERA

E-mail: martha-duke@hotmail.com nisorile2012@hotmail.com

Ref.: INHABILIDADES INCOMPATIBILIDADES ¿Está inhabilitado un miembro de una Junta Directiva de una ESE, como representante del sector productivo, para aspirar a ser elegido Concejal o para ser llamado concejal?. **Rad. 20159000138512** del 27 de julio de 2015.

Respetada señora:

En atención al oficio de la referencia, me permito informarle lo siguiente:

1.- Frente al primer interrogante, relacionado con la configuración de inhabilidad de un miembro de una Junta Directiva de una Empresa Social del Estado ESE, como representante del sector productivo, que es llamado para ser Concejal, le manifiesto que el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, establece las inhabilidades para ser Concejal en los siguientes términos:

***ARTÍCULO 43. INHABILIDADES.** <Artículo modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> 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..."

Es importante señalar que al ciudadano que estando inscrito para el Concejo y no fuere elegido lo cobija el régimen de inhabilidades para ser inscrito candidato o elegido Concejal en caso de ser llamado posteriormente a cubrir la vacante. Al respecto, la Ley 136 de 1994, preceptuó:

"ARTÍCULO 47. DURACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES. <Artículo modificado por el artículo 43 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior. Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión."

De acuerdo con la anterior disposición, quien fuere llamado a ocupar el cargo de Concejal, quedará sometido al régimen de incompatibilidades señaladas en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, adicionado 41 de la Ley 617 de 2000, a partir de su posesión.

Ahora bien, con respecto al régimen de inhabilidades, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Expediente No. 0987, en sentencia del 13 de mayo de 1993, Consejero Ponente Dr. Luis Eduardo Mejía, señaló:

"Es al Presidente del respectivo concejo municipal, a quien le corresponde llamar a quien deba ocupar la vacante dejada por alguno de los concejales efectos. El art. 83 del decreto 1333 de 1986 y el art. 1o. de la ley 45 de 1989 al señalar que no podrán ser elegidos concejales quienes dentro de los seis meses anteriores a la elección hayan sido empleados oficiales se están refiriendo en general, al acto de elección popular de aquellos cargos que deban proveerse en esa forma, como punto de referencia para contar el término allí indicado, ese término debe contarse de manera uniforme y pareja respecto a todo el mundo, tanto aspirantes a los cargos a proveer, como a la ciudadanía en general, para que así cada cual sepa a qué atenerse, pues de lo contrario daría lugar a una serie de situaciones acomodaticias según el interés de la persona que la invoque. Aunque el demandado, no resultó elegido concejal del municipio, lo cierto es que fue llamado a ocupar la vacante dejada esa Corporación por uno de los concejales, electo, en razón de haber él participado en esas elecciones populares y la calidad de concejal que ahora ostenta. Al haber tenido el demandado hasta el 31 de diciembre de 1991, la calidad de trabajador oficial, especie del género empleado oficial, se encuentra inhabilitado para ser concejal."

De acuerdo con el anterior pronunciamiento jurisprudencial, las inhabilidades se predicán de los "elegidos" y de los que tengan vocación para ser "llamados a cubrir la vacante" tomando como punto de referencia el acto de elección popular, para contar los términos indicados en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, el cual señala quienes no podrán ser inscritos como candidatos ni elegidos concejales municipales o distritales.

En consecuencia, se infiere que existe la inhabilidad del Concejal que 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 dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección.

2.- Frente a su segundo interrogante, respecto a la posibilidad de inscribirse como candidata al Concejo Municipal siendo representante del sector productivo ante una

Empresa Social del Estado, me permito remitirle copia del concepto con Radicado No. 20116000055611 del 24 de mayo de 2011, en el cual esta Dirección se pronunció sobre el tema, estableciendo lo siguiente:

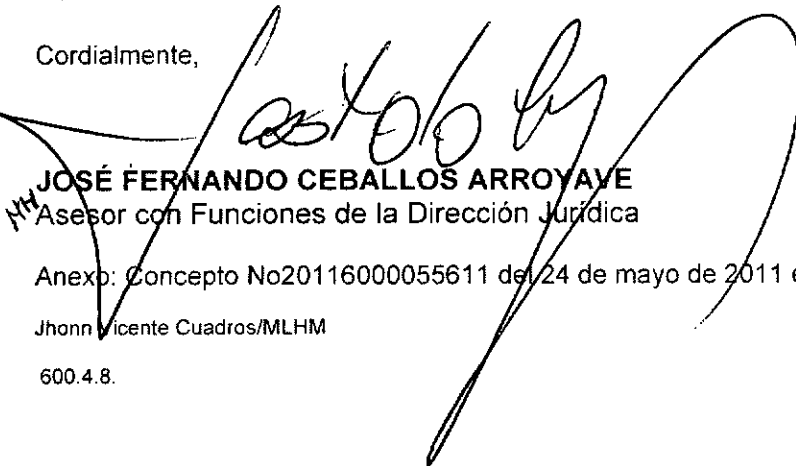
"En consecuencia, se considera que si el miembro de la Junta Directiva es un particular (representante de los gremios de la producción) no incurriría en la inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 617 de 2000, toda vez que éste no ostenta la calidad de empleado público por el sólo hecho de pertenecer a la Junta ni puede ejercer jurisdicción o autoridad".

En este orden de ideas, para el caso objeto de consulta, en criterio de esta Dirección se considera que el representante del sector productivo ante una Empresa Social del Estado, no se encontraría inhabilitado para aspirar a ser elegido Concejal del mismo municipio o para ocupar la curul en el Concejo, en razón a que sus gestiones ante el Hospital no conducen a obtener la satisfacción de un interés especial de las personas que representa; por el contrario, una vez analizadas las funciones de las Juntas de las E.S.E. –Artículo 11 del Decreto 1876 de 1994¹, se observa que estas se encaminan en apoyar la gestión de la E.S.E. con el fin de prestar servicios de salud de óptima calidad.

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección no se configuraría al inhabilidad señalada en el numeral 2 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,



JOSÉ FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE
Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

Anexo: Concepto No20116000055611 del 24 de mayo de 2011 en tres (3) folios.

Jhonn Vicente Cuadros/MLHM

600.4.8.

¹ "Por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado"



Departamento Administrativo
de la Función Pública
República de Colombia

Prosperidad
para todos



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20116000055611
Fecha: 24/05/2011 04:00:31 p.m.

Bogotá, D.C.,

REF.: INHABILIDADES INCOMPATIBILIDADES: ¿Está inhabilitado un miembro de una Junta Directiva de un Hospital Departamental, como representante del sector comercial, para aspirar a ser elegido Concejal?. **RAD.: 4829-11**

Respetado señor.

En atención a la comunicación de la referencia remitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, me permito manifestarle lo siguiente.

1.- El artículo 43 de la Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, el cual dispone:

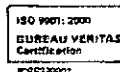
"ARTÍCULO 43. INHABILIDADES. <Artículo modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

(...)

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.





"(...)" (subrayas fuera de texto).

De acuerdo con la anterior disposición, no podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital 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.

Igualmente, quien haya intervenido en el año anterior a la elección 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, ni 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.

Es importante recordar, frente a la calidad de los miembros de los Consejos Directivos, lo señalado en el artículo 74 de la Ley 489 de 1998, señala:

"Artículo 74º.- Calidad de los miembros de los consejos directivos. Los particulares miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y los estatutos internos del respectivo organismo." (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, puede inferirse que los particulares miembros de las Juntas y Consejos Directivos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de servidores públicos, categoría definida constitucionalmente en el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia.

Con respecto a la calidad de los miembros de las Juntas y Consejos Directivos de entidades estatales, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Darío Quiñones Pinilla, Expediente número: 3429 del 17 de febrero de 2005, sostuvo:

"Ahora bien, el artículo 123 de la Constitución dispone que "son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente". Y, el artículo 122 superior es claro en señalar que "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente". Congruente con lo anterior, los artículos 5º del Decreto 3135 de 1968 y 3º del Decreto 1950 de 1973 señalan que "las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales...". Y, relevante para el asunto sub iudice, el artículo 4º del Decreto 1950 de 1973 aclara que quienes prestan servicios ocasionales o temporales no pertenecen al servicio civil del Estado. El artículo 3º, parágrafo 2º, del Decreto 2400 de 1968 dejó en claro que "las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos



públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos". En ese mismo sentido, para los miembros de las juntas o consejos del orden departamental, el artículo 298 del Decreto 1222 de 1986, dispuso que "no tienen por este hecho la calidad de empleados públicos". Y, el artículo 162 del Decreto 1333 de 1986 –Código de Régimen Municipal-, dispuso que "los miembros de las juntas directivas aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos".

Pero, además, se tiene que el artículo 74 de la Ley 469 de 1998 es claro en señalar que "los particulares miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos...".

(...)

Con base en lo anterior se pueden inferir tres conclusiones, a saber:

La primera, la lectura sistemática de todas las normas que se transcribieron muestra que los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado, por el solo hecho de tener esa condición, no desempeñan empleo público ni adquieren la categoría de empleados públicos, pues no ocupan cargos de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa en esas entidades.

La segunda, la calidad de miembro de la Junta Directiva no implica vinculación laboral al Hospital Público (...).

La tercera, la calidad de empleado público no deviene del carácter de miembro de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado. En efecto, algunos de esos integrantes tienen la calidad de empleados públicos pero no por el hecho de ser miembros de la Junta sino por su vinculación laboral anterior. Es el caso, por ejemplo, del Jefe de la Administración Departamental, Distrital o Local y el Director de Salud de la entidad territorial, quienes son miembros de la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado respectiva como representantes del estamento político administrativo y son empleados públicos por su vinculación con la entidad territorial correspondiente. Igualmente, puede tener la calidad de empleado público el representante del sector científico de la salud designado por los profesionales de la institución.

No obstante, los representantes de la comunidad que son designados por las Alianzas o Asociaciones de Usuarios legalmente establecidos y por los gremios de la producción del área de influencia de la Empresa Social del Estado son particulares que hacen parte de la Junta Directiva del Hospital Público, por lo que no tienen el carácter de empleados públicos. A esa conclusión se llega teniendo en cuenta, entre otras, las normas contenidas en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1298 de 1994 (...)" (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con las normas anteriormente citadas y el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado expuesto, se infiere que el sólo hecho de ser miembros de una Junta Directiva no les confiere a éstos la calidad de empleados públicos. Por lo tanto, y teniendo en cuenta que el carácter de miembro de una Junta Directiva no confiere la categoría de empleado público, en concepto de esta Dirección los miembros de la Junta Directiva de un Hospital que no estén vinculados laboralmente a la dicha entidad, sólo ostentan una condición de representación dentro del máximo órgano de dirección y gobierno del Hospital, sin que por ello adquieran la calidad de empleados públicos de la misma.

En consecuencia, se considera que si el miembro de la Junta Directiva es un particular (representante de los gremios de la producción) no incurriría en la inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 617 de 2000, toda vez que éste no ostenta la calidad de empleado público por el sólo hecho de pertenecer a la Junta ni puede ejercer jurisdicción o autoridad.

2. De otra parte, esta Dirección Jurídica considera necesario analizar las gestiones que Usted realiza como representante del sector comercial ante el Hospital Departamental; al respecto 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 antes indicada, 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".

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.



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."

Teniendo en cuenta la citada jurisprudencia, la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas se ha definido 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.

En este orden de ideas, para el caso objeto de consulta, en criterio de esta Dirección se considera que el representante del sector comercial ante la Empresa Social del Estado Departamental –Hospital San Rafael, no se encontraría inhabilitado para aspirar a ser elegido Concejal del mismo municipio, en razón a que sus gestiones ante el Hospital no conducen a obtener la satisfacción de un interés especial de las personas que representa; por el contrario, una vez analizadas las funciones de las Juntas de las E.S.E. –Artículo 11 del Decreto 1876 de 1994³, se observa que estas se encaminan en apoyar la gestión de la E.S.E. con el fin de prestar servicios de salud de óptima calidad.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,


CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN
Directora Jurídica

CPHL/J. Duarte/GCJ -601-4829

³ "Por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado"

