



Concepto 047361 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000047361

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000047361

Fecha: 03/02/2023 08:32:06 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal. Inhabilidad para aspirar al concejo municipal. RADICACIÓN. 20239000041902 de fecha 22 de enero de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si existe inhabilidad para que persona vinculada a una empresa privada la cual tiene un contrato de auditoría con una empresa social del estado del orden municipal pueda aspirar a ser concejal del municipio, me permito manifestar lo siguiente:

Respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades la Sala Plena del Consejo de Estado¹ en Sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, 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).

De acuerdo con el Consejo de Estado, por su naturaleza, las inhabilidades e incompatibilidades son taxativas, expresas y de interpretación restrictiva, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-546 de 1993, magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz de 1993, respecto a las inhabilidades señaló:

«Las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, en empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción, deben estar consagradas en forma expresa y clara, y pueden hacer parte del estatuto general que rige la función pública, o de manera específica, del estatuto de carrera, o de personal de cada entidad, sector o rama del poder público».

Teniendo en cuenta lo preceptuado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en cuanto a las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva.

Ahora bien, en relación con relación a las inhabilidades para aspirar a ser concejal, la Ley 136 de 1994² señala:

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".

ARTÍCULO 45.- Incompatibilidades. Los concejales no podrán:

1. (Derogado por el Art. 96 de la Ley 617 de 2000)
2. Ser apoderado antes las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen.
3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.
4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste. Radicación 751 de 1995 Sala de Consulta y Servicio Civil.
5. Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.
- (...)

PARÁGRAFO 2.- *El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente Artículo, incurrirá en causal de mala conducta.*" (Subrayado fuera del texto)

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 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.*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 realizar 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 adelantan 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 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" 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, seria, 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 realizaron 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 contratista de una empresa de derecho privado que celebró contrato con una empresa social del estado del nivel municipal, intervino o realizó diligencias para la gestión de los negocios con el municipio, y, si esta actividad la realizó dentro del año anterior a las elecciones en el mismo municipio en el cual aspira ser elegido concejal.

En caso que una vez analizado el caso particular, se determine que dentro del año anterior a las elecciones locales no gestionó negocios con el municipio, no se encontraría inhabilitado para aspirar al concejo del mismo municipio. No obstante, en el evento de resultar elegido como concejal y al no poder celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que sean contratistas del mismo municipio, en criterio de esta Dirección Jurídica debe renunciar al contrato, toda vez que dicha situación es causal de incompatibilidad con el ejercicio de su cargo como miembro de corporación pública.

Me permito indicarle que, 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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Maia Valeria Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

2 Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:31:48