



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000040531

Fecha: 11/03/2015 03:35:41 p.m.

Bogotá D.C.

Señora
LUZ BERENICE DIAZ LOVERA
L.C.

Referencia: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Para ser concejal. Rad. 2015-206-001636-2 del 29 de enero de 2015

Cordial saludo.

En atención a la comunicación de la referencia, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

PLANTEAMIENTO JURIDICO:

¿Hay inhabilidad para ser concejal, por: - Ser director, representante legal o pertenecer a la junta directiva de una fundación sin ánimo de lucro – Ser contratista de una entidad del Estado, para prestar servicio de abogado- Iniciar proceso laboral en causa propia contra el Instituto de seguro social- Llevar procesos judiciales a favor de terceros contra entidades del Estado- Desempeñar cargos en la administración?

FUENTES FORMALES

- Ley 136 de 1994.
- Ley 80 de 1993.

ANÁLISIS

Para abordar el planteamiento jurídico es indispensable realizar un análisis de los siguientes temas: (1) Inhabilidades para ser concejal; (2) Contrato de prestación de servicios (3) Ejercicio de autoridad civil, política y administrativa, por parte de servidores públicos en el respectivo municipio; (4) Ejercicio como apoderado

- (1) Inhabilidades para ser concejal.

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, dispone las siguientes inhabilidades para ser concejal:

"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:

1. Quien haya sido condenado, a la fecha de la inscripción por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, salvo que estos últimos hayan afectado al patrimonio del Estado.

2. Quien como empleado público, hubiere ejercido, jurisdicción o autoridad civil, administrativa o militar, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la inscripción.

3. Quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de la inscripción haya sido empleado público o trabajador oficial, salvo que desempeñe funciones docentes "de Educación Superior". Modificado Artículo 11 Ley 177 de 1994 Declarado EXEQUIBLE. Salvo la expresión entre comillas "de Educación Superior". Sentencia C 231 de 1995 posteriormente Sentencia C 381 de 1995 Corte Constitucional.

4. Quien haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o de terceros, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la inscripción.

5. Quien dentro de los cinco (5) años anteriores y por autoridad competente haya sido excluido del ejercicio de una profesión o sancionado más de dos veces por faltas a la ética profesional y a los deberes de un cargo público.

6. Quien tenga vínculos por matrimonio o unión permanente, o de parentesco hasta en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, con funcionarios que ejerzan jurisdicción, autoridad administrativa, política o militar.

7. Quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos, o de miembro de corporaciones públicas que deba realizarse en la misma fecha.

8. Haya perdido la investidura de congresista, diputado o concejal, como consecuencia de una falta de orden administrativo o penal.

9. El servidor público que haya sido condenado en cualquier tiempo por delitos contra el patrimonio del Estado.

Parágrafo.- Las inhabilidades previstas en los numerales 4, 6 y 7 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción del municipio en la cual se efectúe la respectiva elección.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, en concepto de ésta Dirección, estará inhabilitado para ser concejal quien dentro de los seis meses anteriores a la elección haya celebrado contrato con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito, entendiendo por celebración el nacimiento del contrato, sin que interese que tiempo se tarde en su ejecución.

Para que constituya causa de inhabilidad se requiere que ese contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo Municipio respecto del cual se aspira a ser elegido Concejal.

Atendiendo puntualmente su consulta, sobre si en su calidad de director, representante legal o miembro de junta directiva de una fundación sin ánimo de lucro que suscribe un contrato o convenio interadministrativo con el municipio, estaría inhabilitado para postularse como candidato al concejo del mismo municipio, se tiene que tal como lo señala el Consejo de Estado, la inhabilidad sólo se da en relación con la persona que intervino en la celebración del contrato o convenio interadministrativo; por consiguiente, si en su calidad de representante legal no intervino en la suscripción del contrato en los 6 meses anteriores a la elección, no se encontraría incurso en la inhabilidad señalada en el numeral 4º del artículo 45 de la ley 136 de 1994.

(2)) Contratos de prestación de servicios.

Al respecto, es importante recordar que los contratos estatales se rigen por las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la cual señala:

"Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación

"(...)"

3o. Contrato de prestación de servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable." (Subrayado fuera de texto)

Como puede observarse, el contrato de prestación de servicios es una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, guardando concordancia con lo establecido en el artículo 123 de la Constitución Política en cuanto autoriza que los particulares temporalmente desempeñen funciones públicas.

El contrato de prestación de servicios es una de las formas excepcionales y temporales a través de la cual los particulares pueden desempeñar funciones públicas, y su fin es satisfacer necesidades especiales de la Administración que no pueden estar previstas en la planta de personal. De otra parte, en los contratos de prestación de servicio no se involucra el elemento

de subordinación de tipo laboral que se halla presente en el contrato de trabajo, y tampoco da lugar al reconocimiento y pago de salarios ni prestaciones sociales.

El Consejo de Estado en Sentencia de Julio 27 de 1995, expediente 1313. Consejero Ponente Doctor Mario Alario Méndez, con relación a la inhabilidad que pudiera presentarse por la celebración de contratos, preceptuó:

"Es entonces causa de inhabilidad la intervención en la celebración de contratos con entidades públicas, si esta intervención tiene lugar dentro de los ... anteriores a la fecha de la inscripción de la candidatura. Es irrelevante, para el efecto que tal intervención hubiere ocurrido antes, aun cuando los contratos que se celebren se ejecuten dentro de los... anteriores a la inscripción. Lo que constituye causa de inhabilidad es la intervención en la celebración de los contratos dentro de ... anteriores a la inscripción, no la ejecución dentro de ese término de los contratos que hubieren sido celebrados."

"Al decir asunto semejante ... esta Sala, mediante Sentencia del 13 de abril de 1987, entre otras, explico que era preciso establecer separación y distinción entre dos actividades: la celebración de un contrato, esto en su nacimiento y su ejecución, desarrollo y cumplimiento, y que para los efectos de la inhabilidad había de tenerse en cuenta la actuación que señalaba su nacimiento, sin consideración a los tratos de su desenvolvimiento de donde debía acreditarse no solo la existencia de la relación contractual sino, además la fecha de su origen, en vista de que su elemento temporal o esencial para configurar el impedimento legal. En síntesis, dijo la sala: La inhabilidad para ser elegido nace el día de la celebración del contrato con la administración, pero no puede extenderse mas allá, por obra y gracia de su ejecución"

De acuerdo con el anterior pronunciamiento, lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la celebración de contratos y no su ejecución. En consecuencia, puede inferirse que la fecha a tener en cuenta para que se configure la causal de inhabilidad relacionada con la celebración de contratos es el momento de su suscripción y no su ejecución.

De tal forma, es necesario determinar en qué fecha se realizó la celebración del contrato que actualmente se está ejecutando, es decir, de haberse celebrado dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección, se configuraría la inhabilidad, pero si dicha celebración se realizó anteriormente, no estaría inhabilitado para aspirar al Concejo.

(3) Cargos que pueden ser desempeñados sin generar inhabilidad para postularse como concejal.

En este punto deberá tenerse en cuenta que el ciudadano puede desempeñar cargos públicos que no ejerzan jurisdicción, autoridad civil, administrativa o militar, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la inscripción, para que de esta forma no se configure la inhabilidad del numeral 2 del artículo 43 de la ley 136 de 1994.

Con respecto a lo que debe entenderse por ejercicio de cargos con autoridad, la Ley 136 de 1994 señala lo siguiente:

"ARTÍCULO 188. AUTORIDAD CIVIL. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.

2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.

3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones”

“ARTÍCULO 189. AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.”

“ARTÍCULO 190. DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales: conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.” (Subraya fuera de texto)

En este sentido, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto con número de Radicación 413 de Noviembre de 5 de 1991, expresó:

“La nueva Constitución, que no menciona específicamente, como lo hacía la anterior, determinados cargos genéricamente dispone que no podrán ser elegidos congresistas “quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección (Artículo 179); tampoco gobernadores quienes ejerzan esos mismos cargos en los seis meses que precedan a las votaciones (Artículo 18 Transitorio)

En realidad, como se afirma en el contexto de la consulta, la nueva Constitución agregó a los cargos con autoridad civil, política o militar los que implican el ejercicio de la autoridad administrativa.

5. Los cargos con autoridad, a que se refiere la constitución tienen las siguientes características:

a) Los cargos con autoridad política, son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno.

b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que correspondan a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la Nación defensor del pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil.

c) Los cargos con autoridad militar son todos los que, pertenecen a la Fuerza Pública, según el artículo 216 de la Constitución, tienen jerarquía y mando militar.

d) La autoridad civil corresponde, en principio, a todos los cargos cuyas funciones no implican ejercicio de autoridad militar". (Subrayado fuera de texto)

La misma corporación, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en sentencia de fecha 20 de agosto de 2004, Radicación número: 50001-23-31-000-2004-0008-01(PI), respecto al concepto de autoridad civil, sostuvo:

"En tomo al tema, esta Corporación, en sentencia de 1º de febrero de 2000 (Expediente AC-7974, Actor: Manuel Alberto Torres Ospina, Consejero ponente doctor Ricardo Hoyos Duque), hizo las siguientes precisiones que, por su importancia y pertinencia, se reiteran en esta oportunidad: "...La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que ejerce sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas....El concepto de autoridad civil no resulta excluyente sino comprensivo de la autoridad administrativa que relacionada con las potestades de servidor público investido de función administrativa, bien puede ser, y por lo general es, al mismo tiempo autoridad civil. En otros términos, si bien los conceptos de autoridad militar y jurisdiccional tienen contornos precisos, los linderos se dificultan tratándose de la autoridad política, civil y administrativa. Entendida la primera como la que atañe al manejo del Estado y se reserva al Gobierno (art. 115 C.P.) y al Congreso (art. 150 ibídem) en el nivel nacional, no queda duda de que la autoridad civil es comprensiva de la autoridad administrativa sin que se identifique con ella, pues entre las dos existirá una diferencia de género a especie. Una apreciación distinta conduciría a vaciar completamente el contenido del concepto autoridad civil, pues si ella excluye lo que se debe entender por autoridad militar, jurisdiccional, política y administrativa no restaría prácticamente ninguna función para atribuirle la condición de autoridad civil...". Igualmente, en el proveído mencionado la Sala señaló que "... la determinación en cada caso concreto de si un servidor público ejerce o no autoridad civil, debe partir del análisis del contenido funcional que tenga su cargo y así se podrá establecer el tipo de poderes que ejerce y las sujeciones a las cuales quedan sometidos los particulares. Si dichas potestades revisten una naturaleza tal que su ejercicio permita tener influencia en el electorado, las mismas configuran la autoridad civil que reclama la Constitución para la estructuración de la causal de inhabilidad de que se trata. En consecuencia, lo que pretende la institución constitucional es impedir que la influencia sobre el electorado proveniente del poder del Estado se pueda utilizar en provecho propio...o en beneficio de parientes o allegados... pues tales circunstancias empañarían el proceso político-electoral, quebrantando la igualdad de oportunidades de los candidatos...". (Subrayado fuera de texto)

Un servidor público ejerce autoridad conforme lo señala la ley 136 de 1994 en la respectiva circunscripción en la cual pretende ser elegido, cuando del análisis del contenido funcional del respectivo empleo se determina que el mismo implica poderes decisorios, es decir, que estos impliquen atribuciones de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad.

Por lo tanto si el empleado ejerce funciones con jurisdicción, autoridad civil, administrativa o militar, deberá renunciar al cargo dentro de los seis meses anteriores a la elección, para no encontrarse inhabilitado; en el evento de ejercer otros cargos que no ostenten jurisdicción con autoridad civil, administrativa o militar deberán renunciar antes de la fecha de inscripción para no encontrarse inhabilitado, como candidato al cargo de elección popular.

(4) Ejercicio de la abogacía.

La Ley 1123 de 2007, por la cual se establece el código disciplinario del abogado, señala lo siguiente:

Artículo 29. INCOMPATIBILIDADES. No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos:

1. Los servidores públicos, aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita. Pero en ningún caso los abogados contratados o vinculados podrán litigar contra la Nación, el departamento, el distrito o el municipio, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones.

PARÁGRAFO. *Los abogados titulados e inscritos que se desempeñen como profesores de universidades oficiales podrán ejercer la profesión de la abogacía, siempre que su ejercicio no interfiera las funciones del docente. Así mismo, los miembros de las Corporaciones de elección popular, en los casos señalados en la Constitución y la ley.*

(...)

5. Los abogados en relación con asuntos de que hubieren conocido en desempeño de un cargo público o en los cuales hubieren intervenido en ejercicio de funciones oficiales. Tampoco podrán hacerlo ante la dependencia en la cual hayan trabajado, dentro del año siguiente a la dejação de su cargo o función y durante todo el tiempo que dure un proceso en el que hayan intervenido.

La misma Corporación en sentencia C-1004 de 2007, señaló:

"Ese contexto permite concluir que el propósito del numeral 1) del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007 es impedir, en la medida de lo factible, producir situaciones de conflicto de intereses que pongan en riesgo la objetividad, imparcialidad e independencia con que debe obrar todo servidor público, sin que la norma establezca una camisa de fuerza para que en ciertas circunstancias, el servidor público que a la vez es abogado, pueda litigar con algunas restricciones. La Corte recordó que el numeral analizado estaba incluido en el Estatuto de la Abogacía –Decreto 196 de 1970, artículo 39.1- el cual fue declarado exequible en sentencia C-658/96. El párrafo fue agregado en el curso del respectivo proyecto de ley en el Senado de la República, con el doble propósito de mejorar el ingreso de los docentes del derecho y enriquecer la cátedra universitaria con el ejercicio de la profesión de la abogacía. Esto incentiva que profesionales de la abogacía permanezcan en la docencia, con lo cual se enriquece tanto el Estado como las universidades. al poder contar con profesionales con un mayor grado de capacitación y experiencia, lo cual resulta acorde con los fines de la educación, como derecho y servicio público que tiene además una función social (art. 67 C.P.). Para la Corte, tanto la prohibición como la excepción establecida por el legislador al ejercicio de la profesión de abogado por los servidores públicos está plenamente justificada desde el punto de vista constitucional. A su vez, la Corporación encontró que dicha excepción no configura una omisión legislativa relativa que vulnere la igualdad, en la medida que los docentes de colegios oficiales tienen un régimen especial de carrera docente o de escalafón, a los cuales se les exige formación profesional en docencia o tener capacitación en la misma, pues la calidad que ostenta es de docente profesional o de escalafón. Por no tratarse de una misma situación, el legislador no estaba obligado a incluir a los docentes de colegios oficiales en la excepción a la prohibición de ejercer la profesión de abogado de los servidores públicos y en consecuencia, la expresión acusada del párrafo del numeral 1) del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, fue declarado exequible, por no contrariar el derecho a la igualdad ni el ejercicio libre de la profesión u oficio."

De conformidad con la norma y la jurisprudencia citadas, no pueden ejercer la abogacía los servidores públicos entendidos por tales los funcionarios de elección popular, los de periodo, los empleados públicos y los trabajadores oficiales.

Para el caso concreto no aplica la inhabilidad sino una vez el abogado litigante sea elegido concejal y asuma de esta forma la calidad de servidor público.

Sobre el término gestión de negocios, 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 gestión 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 jurisprudencia anteriormente citadas, se concluye que no podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado concejal, 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.

Con respecto a la inhabilidad que se analiza, la jurisprudencia ha definido la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas 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.

Sobre la inhabilidad para ejercer la profesión de abogado por parte de Concejales, la Sentencia C-426/96, de la Corte Constitucional, Referencia: Expediente D-1166 Acción pública de inconstitucionalidad contra el literal b) del numeral 1o. del artículo 44 de la Ley 200 de 1995 "por la cual se adopta el Código Disciplinario Único" manifestó:

" (...) Señala que la incompatibilidad establecida en la norma sub-examine, prohíbe a los dignatarios allí indicados actuar como apoderados o gestores ante cualquier autoridad administrativa o judicial.

Cita para el efecto, un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 6 de diciembre de 1995, con ponencia del Dr. Roberto Suárez Franco (Radicación No. 751), en el que se afirma:

"Una interpretación armónica del artículo 44 permite inferir que la salvedad sobre las "excepciones constitucionales y legales" consignada en el numeral 2o., está referida no sólo al ejercicio de la docencia por más de ocho horas semanales dentro de la jornada laboral, sino a las prohibiciones generales que trae el numeral primero, porque como se anotó, la incorporación en el "Código Disciplinario Único" de las "incompatibilidades e inhabilidades previstas en la Constitución, la ley y los reglamentos administrativos" (art.42), comprende no sólo el catálogo de prohibiciones sino sus excepciones en lo que no fuere incompatible. Y en tratándose de algunas actividades jurisdiccionales de apoderamiento y gestión la ley permite su ejercicio respecto de servidores de elección popular, que como los diputados y concejales, según la Constitución Política, no tienen la calidad de "funcionarios públicos" (art. 299 inciso 3o.) ni de "empleados públicos" (art. 312 inciso 2o.)

"Por lo tanto, se entienden incorporadas las excepciones legales que permiten a los diputados, a los concejales y a los miembros de las juntas administradoras locales actuar directamente o por medio de apoderado en los asuntos que en su orden señalan los artículos 52 del Decreto 1222 de 1986, 46 y 128 de la Ley 136 de 1994".

De conformidad con lo anterior, sostiene el señor Ministro que los Diputados no sólo pueden intervenir en las diligencias o actuaciones administrativas o judiciales en las cuales ellos o sus familiares tengan interés, sino incluso actuar como apoderados en procesos judiciales de todo tipo (art. 52 del Decreto 1222 de 1986), interpretación ésta que en su criterio se encuentra en consonancia con las normas constitucionales relativas al régimen de los diputados y al de los miembros de las demás corporaciones públicas de elección popular.

(...)

Dichas disposiciones desarrollan los preceptos constitucionales relativos a las inhabilidades e incompatibilidades, en particular aquellas que se predicán de los diputados y congresistas -artículos 299, 180 y 293 de la Carta Política.

De un lado, el artículo 299 superior señala:

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los Congresistas en lo que corresponda (...).

Por su parte, el artículo 180 constitucional dispone:

"Los Congresistas no podrán:

(...)

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 ésta disposición (...).

Finalmente, el artículo 293 de la Carta Fundamental establece:

"Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades (...) de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales (...).

De conformidad con lo dispuesto en las normas transcritas, corresponde al legislador fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados, el cual no podrá ser menos estricto que el señalado para los Congresistas.

Es pertinente anotar, de otro lado, que con anterioridad a la expedición de la Ley 200 de 1995, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados y demás miembros de corporaciones públicas de elección popular, se encontraba regulado por el Decreto 1222 de 1986 -artículos 51 y 52-, según los cuales:

"Artículo 51. Los senadores y representantes principales (...) no podrán:
(...)

d) Ser apoderados o gestores ante entidades o autoridades administrativas en sus distintos niveles.

Las prohibiciones anteriores comprenden a los diputados (...) en relación con el respectivo departamento, y a los concejales en relación con el respectivo municipio, desde el momento de su elección y hasta cuando pierdan su investidura".
(...)

"Artículo 52. Lo anterior no obsta para que los senadores, representantes, diputados, consejeros intendenciales y comisariales y concejales puedan ya directamente o por medio de apoderado actuar en los siguientes asuntos:

a) En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales, conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos, tengan interés;

b) Formular reclamos por el cobro de impuestos (...) que graven a las mismas personas;

c) Usar los bienes o servicios y celebrar los contratos que las entidades oficiales, los institutos descentralizados y las sociedades de economía mixta ofrezcan al público bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten;

d) Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público y ante lo Contencioso Administrativo (...);

e) Actuar como apoderados de los municipios o de los institutos o empresas dependientes de éstos en asuntos judiciales o administrativos, siempre y cuando que la gestión no sea remunerada".

Ahora bien, el artículo 177 de la Ley 200 de 1995, "por la cual se adopta el Código Único Disciplinario", dispuso:

"Esta ley regirá (...); se aplicará a todos los servidores públicos sin excepción alguna y deroga las disposiciones generales o especiales que regulen materias disciplinarias a nivel nacional, departamental, distrital o municipal, o que le sean contrarias, salvo los regímenes especiales de la Fuerza Pública, de acuerdo con lo establecido en el artículo 175 de este Código".

En virtud a lo anterior, es claro entonces que el nuevo estatuto disciplinario vino a regular lo relativo al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Diputados a la luz de la nueva normatividad constitucional, derogando expresamente aquellas normas especiales que le fueran contrarias, por lo que las disposiciones del Decreto 1222 de 1986 que se opongan a ella desaparecieron del ordenamiento jurídico y fueron reemplazadas por la ley posterior.

Así las cosas, el artículo sub-examine consagró lo concerniente a las incompatibilidades de diputados y concejales que anteriormente regulaba el Decreto 1222 de 1986 y específicamente determinó la prohibición para estos de ser apoderados o gestores ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales.
(...)

De lo anterior se desprende que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en la Ley 200 de 1995 es aplicable a los diputados desde el momento de su elección y hace parte de su régimen disciplinario con respecto a la conducta de los mismos, y tiene como propósito fundamental asegurar la imparcialidad, celeridad, transparencia, eficacia y moralidad que debe guiar la actividad conducta y acción de quienes integran las Asambleas Departamentales como garantía del cumplimiento de los fines del Estado por parte de dichos servidores públicos.

De ahí que las incompatibilidades legales tengan como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública.

Es pues el legislador, por expreso mandato constitucional -artículos 180, 293 y 299-, quien está facultado para determinar y fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados, tal como lo hizo en los artículos 42 a 45 de la Ley 200 de 1995.

Con respecto al cargo esgrimido por el actor en relación con la violación del derecho al trabajo, estima la Sala que éste no prospera por cuanto lo que la disposición establece es que quien acceda por voto popular al cargo de Diputado, sea abogado o profesional en otra ciencia, no puede ejercer simultáneamente otra actividad que interrumpa y afecte el ejercicio de su cargo, ni tampoco aceptar o desempeñar empleo alguno en la administración pública, ni ser apoderado o gestor ante entidades públicas o autoridades administrativas o jurisdiccionales del respectivo departamento, ni celebrar contratos con estas, con el propósito, como ya se anotó, de evitar un conflicto de intereses entre la Administración y el miembro de la respectiva corporación pública, de forma tal que el interés general prime sobre el particular, así como de garantizar que quienes en el ámbito departamental ostenten la calidad de servidor público y la representación de la comunidad, se dediquen integralmente a la gestión pública que han asumido como Diputados a la Asamblea Departamental, a fin de lograr la eficiencia y moralidad de la administración seccional.

(...) Desde luego que la incompatibilidad establecida en la norma sub-examine que prohíbe a los diputados ser apoderados o gestores ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales, se encuentra ajustada a la Carta Política, en el entendido de que dicha restricción no impide el ejercicio de la profesión de abogado ni el derecho al trabajo, en aquellos asuntos relacionados con intereses o gestiones distintas a los del departamento. En tal virtud, no prospera el cargo.

Finalmente, en cuanto al argumento aducido por el actor respecto de la violación del derecho a la igualdad, estima la Corte que este cargo tampoco es fundado, pues no existe en la disposición sub-examine tratamiento discriminatorio que afecte a los profesionales del derecho, ya que la incompatibilidad se predica respecto de los diputados, en orden a que estos no ejerzan simultáneamente actividades que puedan llegar a afectar la buena marcha de la gestión pública y a comprometer los intereses de la Corporación, así como a generar un conflicto de intereses, entre los de la Administración Departamental y los de quien cumple la función pública, sin perjuicio de las actividades que puedan ejercer ante autoridades u organismos diferentes a los consagrados en la misma prohibición. (subrayas fuera de texto).

(...)

En virtud de lo expuesto, se declarará la exequibilidad del literal acusado aplicado al caso de los diputados, como así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia, siempre que se entienda que la incompatibilidad allí establecida se refiere a la imposibilidad de los Diputados para actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales que versen sobre asuntos de orden departamental, o aquellas que deban ser decididas por una entidad administrativa del orden departamental.

(...)"

Ahora bien es procedente analizar la sustitución o renuncia de un poder por parte del apoderado, que según el Código de Procedimiento Civil, procede:

"ARTÍCULO 68. SUSTITUCIONES. Podrá sustituirse el poder siempre que la delegación no esté prohibida expresamente. La actuación del sustituto obliga al mandante.

Para sustituir un poder debe procederse de la misma manera que para constituirlo. Sin embargo, el poder conferido por escritura pública, puede sustituirse para un negocio determinado, por medio de memorial.

Quien sustituya un poder podrá reasumirlo en cualquier momento, con lo cual quedará revocada la sustitución.

ARTÍCULO 69. TERMINACION DEL PODER. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 25 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> *Con la presentación en la secretaría del despacho donde curse el asunto, del escrito que revoque el poder o designe nuevo apoderado o sustituto, termina aquél o la sustitución, salvo cuando el poder fuere para recursos o gestiones determinados dentro del proceso.*

(...)

La renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino cinco días después de notificarse por estado el auto que la admita, y se haga saber al poderdante o sustituidor por telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales, cuando para este lugar exista el servicio, y en su defecto como lo disponen los numerales 1. y 2. del artículo 320.

(...)"

De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, el apoderado de una persona puede renunciar o sustituir el poder en cualquier momento.

Es preciso anotar, que la renuncia o la sustitución no pone término al poder sino cinco días después de notificarse por estado el auto que la admita, y se haga saber al poderdante o sustituidor por telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales, cuando para este lugar exista el servicio, y en su defecto como lo disponen los numerales 1 y 2 del artículo 320 del C.P.C.

CONCLUSIONES:

1- En cuanto a la inhabilidad, que pueda aplicarse a un director, representante legal o miembro de junta directiva de una fundación sin ánimo de lucro, para postularse como concejal, es preciso señalar que una vez adelantada una revisión a las normas sobre la materia de inhabilidades e incompatibilidades aplicadas a los cargos de elección popular, en criterio de esta Dirección no se encontró inhabilidad para que el representante legal, miembro de junta o gerente, se postule al cargo de elección popular, salvo que en una de esas calidades haya suscrito contrato con el respectivo ente municipal en cuyo caso se configura la inhabilidad del artículo 43 numeral 4 de la Ley 136 de 1994.

2- No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado Concejal Municipal o Distrital quien dentro de los seis meses anteriores a la fecha de inscripción haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o de terceros, siempre que el contrato se ejecute en la jurisdicción del municipio donde se postulará el candidato, sin que interese que tiempo se tarde en su ejecución, 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 de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

3- En cuanto a la inhabilidad que se pueda generar por el desempeño de cargos públicos, esta está determinada por el ejercicio de funciones que tengan características de autoridad

administrativa, civil o militar y que se ejerzan dentro de la jurisdicción del municipio en cuyo caso se configura la inhabilidad del numeral 2 del artículo 43 de la ley 136 de 1994.

4- El ejercicio de la abogacía por sí solo, no se constituye como una actividad de gestor ya 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.

Así las cosas el abogado que se desempeña como apoderado de un mandante y desea vincularse como concejal, una vez elegido, deberá renunciar o sustituir el poder conferido para no encontrarse inmerso en la incompatibilidad establecida en la Ley 1123 de 2007.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,


CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON
Directora Jurídica

Mercedes Avellaneda vega/JFCA

600.4.8.