

INHABILIDAD DE CONCEJAL - Requisitos para que se configure por ejercicio de autoridad / INHABILIDAD POR EJERCICIO DE AUTORIDAD - Para que se configure es menester que el elegido haya sido empleado público

Según el actor, el demandado está incurso en la inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000. Para que se acredite la referida causal de inhabilidad, se requiere: (i) que el elegido haya sido “empleado público”; (ii) que su empleo comporte funciones que impliquen ejercicio de autoridad administrativa; (iii) que esa autoridad se haya ejercido durante los 12 meses anteriores a la elección y; (iv) que esa autoridad se haya ejercido en el respectivo municipio o distrito. Los supuestos enunciados son concurrentes, de modo que si falta alguno de ellos no se configura la inhabilidad.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 40 NUMERAL 2

CAMARA DE COMERCIO - Naturaleza jurídica / JUNTA DIRECTIVA DE LA CAMARA DE COMERCIO - Sus miembros no son servidores públicos ni desempeñan empleo público / EMPLEO PUBLICO - Noción / EMPLEADO PUBLICO - Noción / INHABILIDAD DE CONCEJAL - Haber ejercido un cargo que le dé la calidad de empleado público / INHABILIDAD DE CONCEJAL - El cargo de miembro de la junta directiva de la Cámara de Comercio no es un empleo público

Para el análisis del cargo, es menester precisar que las Cámaras de Comercio son personas jurídicas de derecho privado integradas por particulares, que no obstante su carácter privado, de conformidad con los artículos 123 y 365 de la Constitución Política y por disposición del legislador, pueden ejercer funciones públicas como la de administrar el registro mercantil. En criterio del recurrente, el ejercicio de esas funciones públicas por parte de las Cámaras de Comercio y el cargo de miembro de la junta directiva ejercido por el demandado, configuran la inhabilidad en estudio. Al respecto, la Sala anota que si bien las Cámaras de Comercio pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que la ley señale, por este sólo hecho, los particulares que las conforman no son servidores públicos, ni los miembros de sus juntas directivas desempeñan empleo público. El artículo 123 de la Constitución Política señala quienes son servidores públicos, y en él claramente se advierte que los particulares no tienen esa calidad. La noción de empleo público está definida como “el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural”; igualmente, la Ley 909 de 2004 lo definió como: “el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”. El concepto de empleado fue definido como “la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.” De acuerdo con el artículo señalado el cargo de miembro de junta directiva de Cámara de Comercio no es un empleo público porque sus funciones no están señaladas por la Constitución, la ley o el reglamento, ni le son asignadas por autoridad pública competente alguna. Y quienes tienen la calidad de miembros de junta directiva de las diferentes cámaras de comercio del país no son empleados públicos porque no han sido designados para ejercer un empleo público ni han tomado posesión de él. Tampoco integran los miembros de las Cámaras de Comercio la función pública, conformada, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 909 de 2004 por “quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública”, por la razón evidente de que su vinculación no tiene carácter legal ni reglamentaria. Si alguna duda

podiera haber acerca de que los miembros de las juntas directivas de las Cámaras de Comercio no ejercen un empleo público, ésta quedaría resuelta con el artículo 122 de la Constitución Política de acuerdo con el cual “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en 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.” y los miembros de las juntas directivas de las Cámaras de Comercio, se insiste, no tiene funciones detalladas en ley o reglamento y esa razón es suficiente para negarle el carácter de empleo público. Por lo expuesto, ante la carencia del primer presupuesto para la configuración de la inhabilidad en estudio (calidad de empleado público), el cargo no prospera.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza de las Cámaras de Comercio, sentencias C-144 de 1993, C-166 DE 1995, Corte Constitucional. Sobre el desempeño de empleo público, sentencia 6800012315000200001793-01 de 21 de mayo de 2005, Sección Segunda, Consejo de Estado.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 78 / CODIGO DE COMERCIO - ARTICULO 79 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 122 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 123 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 365 / LEY 909 DE 2004

INTERVENCION EN LA GESTION DE NEGOCIOS ANTE ENTIDAD PUBLICA - Ser miembro de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio no la configura / JUNTA DIRECTIVA - Es un órgano de carácter colegiado / INHABILIDAD DE CONCEJAL POR GESTION EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS - Autorizar al Presidente Ejecutivo de la Cámara de Comercio a suscribir convenio, en condición de miembro de la Junta Directiva, no configura la causal

El actor consideró que el demandado está inhabilitado en razón a que en su condición de miembro de la junta directiva de la Cámara de Comercio de Villavicencio aprobó que el Presidente suscribiera el convenio 1158 de 30 de mayo de 2011 con el departamento del Meta. Antes de iniciar el análisis, debe precisar la Sala que la causal en estudio comporta dos conductas diferentes, por una parte esta la intervención “en la gestión de negocios ante entidades públicas” y de otra “la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros”. Examinados los elementos que configuran la causal y las pruebas allegadas al proceso, para la Sala es claro que la actuación del demandado en la reunión ordinaria de la junta directiva de la Cámara de Comercio de Villavicencio realizada el 28 de abril de 2011 de modo alguno puede tenerse como inhabilitante. En efecto, la aprobación de la facultad otorgada al Presidente Ejecutivo para firmar el convenio con la Gobernación del Meta fue otorgada por la Junta Directiva “por unanimidad” y no por el demandado individualmente considerado, quien si bien participó en el otorgamiento de las citadas facultades, lo hizo en cumplimiento del deber que emanaba de la condición de miembro de la referida junta. Es de la mayor importancia destacar que la junta directiva es un órgano de carácter colegiado, de manera que para tomar decisiones y, por ende, cumplir sus funciones requiere, al menos, con la anuencia de la mayoría de sus miembros. Así lo dispuso expresamente el artículo 17 del Decreto 898 de 7 de mayo de 2002. Por lo anterior, no puede atribuirse a uno de los miembros de la junta directiva de la Cámara de Comercio, considerado de manera individual, la conducta de facultar al Presidente Ejecutivo para suscribir con posterioridad un convenio, porque dicha función competen al órgano colegiado. Como se precisó, para la configuración de la causal se requiere la ejecución, de conductas que revelen una participación personal y directa, por ello, para efectos de la inhabilidad

en estudio, ésta se determina a partir de actuaciones individuales, libres y voluntarias, y no por participación en órganos plurales en cumplimiento de un deber en razón de cargo o dignidad. Siendo así las cosas, el hecho probado de que el demandado, en condición de miembro de la junta directiva de la Cámara de Comercio de Villavicencio hubiera participado en la sesión de 28 de abril de 2011, en la que se autorizó al Presidente Ejecutivo para suscribir convenio con la Gobernación del Meta no configura causal de inelegibilidad que afecte su elección y el cargo no tenía vocación de prosperidad; por consiguiente, se impone confirmar la sentencia apelada.

NOTA DE RELATORIA: En cuanto a que "(...) son diferentes los miembros de un organismo colegiado y el ente que integran, como son diferentes las decisiones de aquellos y de éste (...)" Sentencias del 7 de septiembre de 1992, C. P. doctora Mirén de la Lombana de Magyaroff y de 2 de noviembre de 1995, C.P. doctor Amado Gutiérrez Velázquez.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 40 NUMERAL 3

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá, dieciocho (18) de octubre de dos mil doce (2012)

Radicación numero: 50001-23-31-000-2011-00702-01

Actor: SERGIO IVAN MUÑOZ YAÑEZ

Demandado: CONCEJAL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 30 de abril de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta que denegó las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El demandante en ejercicio de la acción de nulidad electoral solicitó:

"PRIMERA. Que se declare la nulidad del acto de la Registraduría NACIONAL del Estado Civil en el departamento del Meta de inscripción del señor HECTOR (sic) FABIO VELEZ BERMUDEZ (sic), identificado con la cédula de ciudadanía 86.006.679 como candidato al concejo municipal de Villavicencio por el Partido Conservador Colombiano. Formulario E-26 CO del 07 de noviembre de 2011.

SEGUNDA. Que se declare la nulidad del acto por el cual la Comisión Escrutadora Municipal de Villavicencio declaró la elección del señor HECTOR (sic) FABIO VELEZ BERMUDEZ (sic) como concejal de la ciudad de Villavicencio por la lista del Partido Conservador Colombiano para el periodo constitucional 2012-2015, conforme al acto contenido en el Acta de Escrutinio Municipal de los votos emitidos en Villavicencio-Meta para la elección de Corporaciones Públicas - octubre 30 de 2011, escrutinio que culminó el 8 de noviembre de 2011. Elección contenida en el formulario E-26 CO - DECLARATORIA DE ELECCION, del 7 de noviembre de 2011.

TERCERA. Que como consecuencia de la anterior, se ordene la cancelación de la credencial como concejal del municipio de Villavicencio a nombre del Partido conservador Colombiano de HECTOR (sic) FABIO VELEZ BERMUDEZ (sic) para el periodo comprendido del 1 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2015.

CUARTA. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la elección del señor HECTOR (sic) FABIO VELEZ BERMUDEZ (sic) como concejal de Villavicencio, se ordene realizar un nuevo escrutinio de los votos depositados para el concejo de Villavicencio, excluyendo los depositados por HECTOR FABIO VELEZ BERMUDEZ (sic) candidato del partido Conservador Colombiano, y se declare electo como concejal de la ciudad de Villavicencio al candidato que sigue en votos de la lista del Partido Conservador Colombiano, Doctor LUIS EDUARDO MARIN y se ordene entrarle la respectiva credencial”

Para sustentar las pretensiones afirmó, en síntesis, lo siguiente:

- El 10 de junio de 2010 el demandado fue elegido miembro principal de la junta directiva de la Cámara de Comercio de Villavicencio para el período 2010-2012 “cargos que desempeña incluso al momento de la inscripción como candidato al concejo municipal de Villavicencio, así como al momento de la elección.”
- El demandado, en su condición de miembro de la junta directiva de la Cámara de Comercio de Villavicencio, participó e intervino en decisiones que culminaron con el convenio de asociación 1158 de 30 de mayo de 2011 suscrito entre la Cámara de Comercio de Villavicencio y el departamento del Meta. Por lo anterior, intervino en la celebración de contratos y se encuentra incurso en la inhabilidad prevista por el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.
- Que las cámaras de comercio, en virtud de la descentralización administrativa por colaboración, son particulares que ejercen funciones administrativas, y por ende los miembros de sus juntas directivas son servidores públicos; por consiguiente, el demandado se encuentra igualmente inhabilitado de conformidad con el numeral 2º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, en razón a que “dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección ha ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio de Villavicencio.”

El actor citó como normas violadas los numerales 2º y 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, y en la explicación del concepto de su violación, reiteró los hechos referidos con anterioridad. (fls. 1 a 8)

1.2. Contestación de la demanda

La demandada, por conducto de apoderado, contestó y se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Señaló que no gestionó ni celebró el convenio 1158 de 2011; que quien lo suscribió, fue el Presidente Ejecutivo de la Cámara de Comercio de Villavicencio; que la autorización del monto del convenio prevista por el artículo 14 de los estatutos de la Cámara de Comercio no comporta la intervención en la celebración de contratos prevista por el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Resaltó que los miembros de la junta directiva de las cámaras de comercio no son servidores públicos, y *“mucho menos empleados públicos”*; por tanto, en el caso en estudio tampoco se configura la inhabilidad referida al ejercicio de autoridad por parte de empleado público prevista por el numeral 2º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Afirmó que según el artículo 1º del Decreto 898 de 2002 las cámaras de comercio son personas jurídicas de derecho privado, de carácter corporativo, gremial, sin ánimo de lucro, integradas por los comerciantes matriculados en el respectivo registro mercantil.

Destacó que la naturaleza jurídica de derecho privado de las cámaras de comercio es reconocido por la jurisprudencia¹. De igual manera, reiteró que los miembros de las cámaras de comercio no son servidores ni empleados públicos, y que ello es presupuesto necesario para que se configure la inhabilidad prevista por el numeral 2º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Respecto de la inhabilidad imputada, prevista por el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, señaló *“Sobre la gestión en la celebración del convenio entre la Cámara de Comercio y la Gobernación del Meta debo señalar, que la junta directiva no interviene en la celebración de los actos y contratos, en el ejercicio de sus funciones solo autoriza el monto contractual, esta función de ejecuta en ejercicio de las funciones estatutarias, no en interés en particular ó de terceros, se realiza el interés general. De otro lado se trata de una función genérica, los miembros de la Junta Directiva no intervienen en forma personal y activa, no buscan obtener un resultado lucrativo, no participan de las actividades precontractuales, contractuales o pos contractuales ni de manera personal e individual.”* (fls. 98 a 104).

1.3. Alegatos de conclusión en primera instancia

1.3.1. El actor reiteró los hechos y razones que expuso en su demanda, señaló que *“Si la Junta Directiva de la Cámara de Comercio es la máxima autoridad de la Cámara de Comercio y HECTOR (sic) FABIO VELEZ BERMUDEZ (sic) es, o fue, miembro principal de la Junta Directiva de la Cámara de comercio de Villavicencio y las funciones de llevar el registro mercantil, el registro único de proponentes, el registro de entidades sin ánimo de lucro, el ofrecer los servicios propios de los métodos alternativos de solución de conflictos, son funciones públicas ejercidas por particulares en virtud de la descentralización por colaboración, y si los ingresos*

¹ Al efecto transcribió apartes de las sentencias de la Corte Constitucional C-144 de 1993, C-166 de 1995 y de la sentencia dictada el 23 de marzo de 2000 por la Sección tercera de esta Corporación, Rad. 10077.

que recibe la Cámara de Comercio de Villavicencio por atender el registro mercantil, de proponentes y de entidades sin ánimo de lucro, son recursos públicos, se concluye que los funcionarios y por ende los miembros de la junta directiva de la Cámara de Comercio de Villavicencio son particulares en ejercicio de funciones públicas sometidos a las normas aplicables a los SERVIDORES PUBLICOS (sic) en el ejercicio de dichas funciones públicas.”

Afirmó que el demandado en su calidad de miembro de la junta directiva de la Cámara de Comercio de Villavicencio tenía acceso a la información de los comerciantes que se encontraban inscritos, y que eso le otorgó una ventaja respecto de los demás candidatos.

Señaló que la inhabilidad prevista por el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 abarca no sólo al representante legal de la Cámara de Comercio de Villavicencio que suscribió el convenio 1158 de 2011 con el departamento del Meta, sino a todos los miembros de la junta directiva porque fue ésta quien otorgó las facultades para contratar y porque es el máximo órgano de la citada Cámara de Comercio. (fls. 165 a 173).

1.3.2. El apoderado del demandado reiteró que no se configura ninguna de las inhabilidades señaladas por el actor, y en apoyo de sus afirmaciones transcribió una sentencia de la Sección Primera de esta Corporación relacionada con la intervención en la celebración de contratos². (fls. 187 a 189).

1.4. Concepto del Ministerio Público en primera instancia

El Procurador 49 Judicial ante el Tribunal Administrativo del Meta rindió concepto de fondo en el que solicitó negar las pretensiones de la demanda.

En relación con la inhabilidad imputada del numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 señaló que la conducta constitutiva de inhabilidad es la de celebrar contratos, que implica esencialmente la de suscribir el contrato. Consideró que en el caso en estudio el demandado de manera alguna celebró contrato en nombre propio, ni por conducto de apoderado. Resaltó que no puede extenderse la inhabilidad, como lo pretende la actora, en el sentido de entender *“que otorgar facultades para celebrar un contrato o autorizar su celebración es igual que celebrarlo”*.

Agregó que la norma exige, para configurar la inhabilidad, que el contrato se celebre en interés propio o de terceros, y que en el caso en estudio, el convenio de asociación 1158 no genera provecho alguno para el demandado, ni para terceros determinados; por consiguiente, no se configura la inhabilidad.

Respecto de la inhabilidad del numeral 2º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 señaló que si bien las cámaras de comercio cumplen algunas funciones de carácter público, no por ello los miembros de sus juntas directivas adquieren el carácter de empleados públicos.

Por último, señaló que es un error de técnica del actor pretender la nulidad del acto de inscripción de la candidatura del demandado, en razón a que de conformidad con el artículo 229 del C.C.A., el acto objeto de impugnación es aquel que declara la elección. (fls. 191 a 198).

² Sentencia de 31 de agosto de 2011, Rad. 23001233100020090001101 (PI)

1.5. Sentencia de Primera Instancia

El Tribunal Administrativo del Meta por sentencia de 30 de abril de 2012 denegó las súplicas de la demanda.

Con fundamento en lo dicho por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación³, precisó que, a pesar de que las cámaras de comercio cumplen algunas funciones públicas, su naturaleza jurídica es privada; están conformadas por particulares que ejercen de manera profesional el comercio.

En relación con los cargos de la demanda, se ocupó en principio del imputado por el presunto ejercicio de autoridad del demandado [numeral 2º del artículo 40 de la ley 617 de 2000], y al respecto, consideró que los miembros de las juntas directivas de las cámaras de comercio no adquieren la calidad de empleados públicos, y sus integrantes -que son particulares- individualmente considerados no cumplen funciones administrativas *“sino que es la Cámara en su conjunto como entidad.”*

Resaltó que la labor del demandado como miembro de la junta directiva de la Cámara de Comercio de Villavicencio no comporta el ejercicio de autoridad administrativa porque ésta *“se atribuye únicamente a los servidores públicos que ejerzan funciones de autoridad y mando, tales como la celebración de convenios o contratos, ordenar gastos, resolver lo atinente a las distintas situaciones administrativas de los servidores públicos, así como la potestad disciplinaria, lo que no se da en el caso del actor.”*

Concerniente al cargo formulado por la inhabilidad prevista por el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, señaló que tampoco estaba llamado a prosperar porque el demandado autorizó al Presidente de la Junta Directiva para la celebración de un convenio *“lo que en materia contractual no se asimila ni equivale a una celebración del contrato, pues para este efecto se requiere la suscripción directa del mismo y en esa medida tampoco puede predicarse que tal conducta pueda revestir un provecho propio para el demandado como algún tercero, pues el mismo estaba actuando conforme a los estatutos de una entidad, como tampoco se observó que tales actuaciones lo colocaran en ventaja frente a los demás candidatos.”*

Por último, recalcó que según el artículo 229 del C.C.A, en la acción electoral es susceptible de anulación únicamente el acto que declara la elección, y no los actos de trámite como lo es el de la inscripción de la candidatura del demandado. (fls. 200 a 229).

1.6. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión del Tribunal, el actor reiteró las razones de nulidad que expuso en su demanda.

Señaló que el *a quo* confundió *“la celebración con la firma del convenio”*, y en caso de la Cámara de Comercio de Villavicencio, según sus estatutos, *“una es la autorización y otra la firma”*, por consiguiente, para la suscripción del convenio se requería necesariamente primero la autorización de la junta directiva, y luego, la firma del documento a cargo del Director, *“de suerte que sin esa previa licencia o*

³ Concepto 1301 de 1º de diciembre de 2000.

permiso no tiene validez la suscripción del acto o convenio y por consiguiente es indispensable la intervención de la junta para la realización o formalización del acuerdo de voluntades”

Por otra parte, señaló que si bien los integrantes de las juntas directivas de las cámaras de comercio no “*encajan*” en la clasificación de servidores públicos del artículo 123 de la Constitución Política, la inhabilidad pretende que un candidato no se beneficie con el ejercicio previo de un empleo que lo ponga en condiciones de privilegio respecto de sus contendores políticos, y el demandado en razón a su cargo sí tenía “*esa supremacía que precisamente se pretende precaver con la inhabilidad en cuestión*”. (fls. 230 a 232).

1.7. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes guardaron silencio en esta oportunidad.

1.8. Concepto del Agente del Ministerio Público en Segunda Instancia

El señor Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia.

Indicó que no se configura la inhabilidad prevista por el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 en la medida que la actuación desplegada por el demandado ocurrió antes de iniciarse “la operación contractual”.

En relación con la inhabilidad del numeral 2º, afirmó que es claro que el demandado como miembro de la junta directiva de la Cámara de Comercio de Villavicencio no desempeñó empleo público alguno, y si bien la Cámara sí cumple con algunas funciones públicas, de ello no se deriva que el demandado esté inhabilitado en razón al carácter restrictivo de aplicación de las inhabilidades que impide la aplicación por analogía o extensión de esta clase de normas; por consiguiente, este cargo no está llamado a prosperar. (fls. 243 a 259)

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Los artículos 129 y 132-8 del C. C. A., en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999 -modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 5 de agosto de 2003, le asignan a esta Sección el conocimiento en segunda instancia de los procesos de nulidad contra actos de elección de los concejales de municipios capitales de departamento.

En este caso se pretende la nulidad del “*formulario E-26 CO - DECLARATORIA DE ELECCION*” por el cual la Comisión Escrutadora Municipal de Villavicencio declaró la elección del demandado como concejal de la ciudad de Villavicencio para el período 2012-2015, y toda vez que, el municipio de Villavicencio es capital del departamento del Meta, esta Sala es competente para conocer en segunda instancia del presente proceso.

2.2. Estudio del fondo del asunto.

En el caso en estudio el asunto jurídico por resolver se centra en determinar si el demandado está incurso en las inhabilidades contenidas en los numerales 2º y 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000⁴.

2.2.1. De la inhabilidad prevista por el numeral 2º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Según el actor, el demandado está incurso en la inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 que dispone:

“DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES.

(...)

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”.

Para que se acredite la referida causal de inhabilidad, se requiere: **(i)** que el elegido haya sido “empleado público”; **(ii)** que su empleo comporte funciones que impliquen ejercicio de autoridad administrativa; **(iii)** que esa autoridad se haya ejercido durante los 12 meses anteriores a la elección y; **(iv)** que esa autoridad se haya ejercido en el respectivo municipio o distrito. **Los supuestos enunciados son concurrentes, de modo que si falta alguno de ellos no se configura la inhabilidad.**

Como se ve, para el análisis del cargo, en primer lugar, es necesario determinar que el demandado haya sido empleado público. Considera el actor que este supuesto se cumple en razón a que el demandado, dentro del término inhabilitante, fue miembro de la junta directiva de la Cámara de Comercio de Villavicencio.

Corresponde a la Sala determinar si el cargo que desempeñó el demandado en la junta directiva de la Cámara de Comercio de Villavicencio se ajusta a la exigencia prevista por el legislador (empleado público) para la configuración de la inhabilidad.

Es menester precisar que las Cámaras de Comercio son personas jurídicas de derecho privado integradas por particulares. De ello dan cuenta los artículos 78 y 79 del Código de Comercio en los siguientes términos:

“ARTICULO 78. DEFINICION DE CAMARA DE COMERCIO. Las cámaras de comercio son instituciones de orden legal con personería jurídica, creadas por el Gobierno Nacional, de oficio o a petición de los

⁴ “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.”

comerciantes del territorio donde hayan de operar. Dichas entidades serán representadas por sus respectivos presidentes.”

“ARTICULO 79. INTEGRACION Y JURISDICCION DE LAS CAMARAS DE COMERCIO. Cada cámara de comercio estará integrada por los comerciantes inscritos en su respectivo registro mercantil. Tendrá una junta de directores compuesta por un número de seis a doce miembros, con sus respectivos suplentes, según lo determine el Gobierno Nacional en atención a la importancia comercial de la correspondiente circunscripción.

El Gobierno Nacional determinará la jurisdicción de cada cámara, teniendo en cuenta la continuidad geográfica y los vínculos comerciales de los municipios que agrupare, dentro de la cual ejercerán sus funciones.”

Por su parte, el Decreto 898 de 7 de mayo de 2002 “Por el cual se reglamenta el Título VI del Libro Primero del Código de Comercio y se dictan otras disposiciones reglamentarias” prevé:

“Artículo 1°. Las Cámaras de Comercio son personas jurídicas, de derecho privado, de carácter corporativo, gremial y sin ánimo de lucro, integradas por los comerciantes matriculados en el respectivo registro mercantil. Son creadas de oficio o a solicitud de los comerciantes mediante acto administrativo del Gobierno Nacional y adquieren personería jurídica en virtud del acto mismo de su creación, previo cumplimiento de los requisitos legales exigidos para el efecto.”

La Corte Constitucional en sentencia C-144 de 1993, respecto del tema señaló:

“Las Cámaras de Comercio (...) no son entidades públicas, pues no se avienen con ninguna de las especies de esta naturaleza contempladas y reguladas en la Constitución y la ley. Si bien nominalmente se consideran “ instituciones de orden legal” (C. de Co. Art. 78), creadas por el Gobierno, lo cierto es que ellas se integran por los comerciantes inscritos en su respectivo registro mercantil (C. de Co.). La técnica autorizatoria y la participación que ella reserva a la autoridad pública habida consideración de las funciones que cumplen las Cámaras de Comercio, no permiten concluir por sí solas su naturaleza pública. Excluida la función de llevar el registro mercantil, las restantes funciones de las cámaras, su organización y dirección, las fuentes de sus ingresos, la naturaleza de sus trabajadores, la existencia de estatutos que las gobiernan, extremos sobre los cuales no es necesario para los efectos de esta providencia entrar a profundizar, ponen de presente que sólo a riesgo de desvirtuar tales elementos no se puede dudar sobre su naturaleza corporativa, gremial y privada”.

Criterio que fue reiterado en sentencia C-166 de 1995 así:

“Acerca de la naturaleza jurídica de las Cámaras de Comercio cabe anotar que la controversia desatada alrededor de su calificación como entidades públicas o privadas, que presidió los debates generados con motivo de la expedición del Código de Comercio y los desarrollos

doctrinales posteriores, hoy en día se halla zanjada en favor de la última opción; de ahí que el artículo 78 del referido Código, conforme al cual las Cámaras de Comercio son "instituciones de orden legal creadas por el Gobierno Nacional de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar" no significa que estos entes hayan sido integrados a la administración pública, sino más bien que se trata de instituciones que derivan su existencia de una autorización legal conferida al Gobierno para crearlas, aspecto que no desvirtúa esa naturaleza gremial y privada que se manifiesta, por el ejemplo, en la calidad de comerciantes que tienen sus miembros, en la posibilidad de contar con representantes legales designados por ellas mismas y de expedir estatutos o reglamentos elaborados por la propia Cámara."

Ahora, no obstante su carácter privado, de conformidad con los artículos 123 y 365 de la Constitución Política y por disposición del legislador, las Cámaras de Comercio pueden ejercer funciones públicas como la de administrar el registro mercantil.

En criterio del recurrente, el ejercicio de esas funciones públicas por parte de las Cámaras de Comercio y el cargo de miembro de la junta directiva ejercido por el demandado, configuran la inhabilidad en estudio.

Al respecto, la Sala anota que si bien las Cámaras de Comercio pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que la ley señale, por este por este sólo hecho, los particulares que las conforman no son servidores públicos, **ni los miembros de sus juntas directivas desempeñan empleo público.**

La Sección Segunda de esta Corporación, en relación con este tema, dice "*Para hablar de empleo público se requiere entonces, satisfacer sus elementos esenciales, cuales son: funciones asignadas; requisitos exigidos para desempeñarlo; remuneración correspondiente; e incorporación en una planta de personal*"⁵

El artículo 123 de la Constitución Política señala quienes son servidores públicos, y en él claramente se advierte que los particulares no tienen esa calidad. Dice la norma:

"Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio."

Por su parte, el artículo 125 de la Carta prevé:

⁵ Sentencia de 21 de mayo de 2009, Rad. 6800012315000200001793-01

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PARAGRAFO. *Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.”⁶*

La noción de empleo público está definida en el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 *“Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...”*, modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, como *“el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural”*; igualmente, la Ley 909 de 2004⁷ lo definió como: *“el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”⁸*. El concepto de empleado fue definido como *“la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.”⁹*

De acuerdo con el artículo señalado el cargo de miembro de junta directiva de Cámara de Comercio no es un empleo público porque **sus funciones no están señaladas por la Constitución, la ley o el reglamento, ni le son asignadas por autoridad pública competente alguna**. Y quienes tienen la calidad de miembros de junta directiva de las diferentes cámaras de comercio del país no son empleados públicos porque **no han sido designados para ejercer un empleo público ni han tomado posesión de él**.

Tampoco integran los miembros de las Cámaras de Comercio la función pública, conformada, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 909 de 2004 por *“quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria,*

⁶ Parágrafo adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2003.

⁷ “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público...”.

⁸ Artículo 19.

⁹ Decreto 3074 de 1968.

en los organismos y entidades de la administración pública”, por la razón evidente de que su vinculación no tiene carácter legal ni reglamentaria.

Si alguna duda pudiera caber acerca de que los miembros de las juntas directivas de las Cámaras de Comercio no ejercen un empleo público, ésta quedaría resuelta con el artículo 122 de la Constitución Política de acuerdo con el cual “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en 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.” y los miembros de las juntas directivas de las Cámaras de Comercio, se insiste, **no tiene funciones detalladas en ley o reglamento y esa razón es suficiente para negarle el carácter de empleo público.**

Este criterio es igualmente compartido por la Corte Constitucional, que en sentencia C-1142 de 2000 dijo:

“A juicio de la Corte, la disposición acusada [artículo 90 del Código de Comercio] se acomoda a la Constitución Política, teniendo en cuenta que las funciones de las cámaras de comercio, en especial en lo que toca con el registro mercantil, son de carácter público, no obstante la naturaleza privada de tales entes, como lo ha señalado la Corte en varias de sus providencias, entre otras la C-144 del 20 de abril de 1993. No obstante su naturaleza privada, las cámaras de comercio cumplen funciones públicas de aquellas que corresponde ejecutar al Estado, pero que, en virtud de lo previsto en el artículo 210 C.P., también pueden ser desarrolladas por particulares, en los términos que señale la ley. En efecto, el inciso 2° del citado artículo constitucional consagra que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que la ley señale, trasladando al legislador la facultad de precisar en qué forma pueden las personas privadas desarrollar este tipo de funciones.

Dentro de los nuevos esquemas del Estado, cada vez es más frecuente que los particulares entren a desarrollar muchas de las tareas que a aquél pertenecen, sin que ello cambie la naturaleza de la entidad particular que las realiza, ni sus empleados adquieran la calidad de servidores públicos. Es un concepto material y no formal ni subjetivo de la actividad que desarrollan, lo cual implica que se la considere y evalúe por su naturaleza propia y por su contenido.

Precisamente el artículo 123 de la Constitución señala quiénes son considerados como servidores públicos y consagra que ellos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La norma agrega que “la Ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”. (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Por lo expuesto, ante la carencia del primer presupuesto para la configuración de la inhabilidad en estudio (calidad de empleado público), el cargo no prospera.

2.2.2. De la inhabilidad prevista por el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

La norma dispone:

“DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES.

(...)

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.”

La jurisprudencia de la Sección respecto de la inhabilidad en estudio ha dicho:

“[D]e otra parte, esta Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular¹⁰. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa.”¹¹

En oportunidad más reciente precisó:

“Pues bien, la intervención en la celebración de contratos implica la ejecución de conductas que revelen una participación personal y activa en actos previos a la celebración de un contrato o en la celebración o suscripción del mismo.

Tratándose de inhabilidad de concejales se configura cuando el elegido, dentro del año anterior a los comicios, ha desplegado alguna actividad dentro de una operación contractual enderezada a la celebración de un contrato o ha suscrito el respectivo acuerdo de voluntades, por lo mismo, es plausible considerar que se trata de actividades desarrolladas una vez la entidad pública contratante ha manifestado a los particulares - contratistas, su deseo de contar con su colaboración, previo un acuerdo de voluntades, para el cumplimiento de sus cometidos específicos y, finalmente, de los del Estado¹².

¹⁰ Sentencia del 28 de septiembre de 2001, expediente 2674.

¹¹ Sentencia del 19 de octubre de 2001, expediente 2654.

¹² Sobre este particular puede verse la sentencia de 10 de mayo de 2001 dictada por la Sección Tercera de esta Corporación en el expediente en el expediente 07001-23-31-000-1995-0169-01(13347), demandante: Hunos Construir Ltda., demandado: municipio de Arauca, ponente doctor Ricardo Hoyos Duque, en la que se dijo: “[E]n este orden de ideas, los actos que se producen ‘con motivo u ocasión de la actividad contractual’, son todos aquellos que se expiden dentro de la **operación contractual**, vale decir, los que tienen relación directa con las actividades que se cumplen desde la iniciación del proceso de selección del contratista hasta la terminación y liquidación del contrato, diferenciándose sí los de la etapa precontractual

De esta forma no configuran intervención en la celebración de contratos aquellas actividades efectuadas antes de que inicie la operación contractual, ni aquellas que se verifiquen luego de que se haya suscrito el respectivo negocio jurídico.”¹³

El actor consideró que el demandado está inhabilitado en razón a que en su condición de miembro de la junta directiva de la Cámara de Comercio de Villavicencio aprobó que el Presidente suscribiera el convenio 1158 de 30 de mayo de 2011 con el departamento del Meta.

Para acreditar la configuración de la inhabilidad, en el expediente reposa extracto del acta 673 correspondiente a la reunión ordinaria de la junta directiva de la Cámara de Comercio de Villavicencio celebrada el 28 de abril de 2011. En dicho documento consta que efectivamente el demandado asistió a esa sesión en su calidad de miembro de la junta directiva, y en relación con el referido convenio consta:

“9º ANALISIS Y AUTORIZACION DE CONTRATOS, CONVENIOS Y OTROS. El Presidente Ejecutivo solicita facultades a la junta directiva para firmar un convenio con la Gobernación del Meta, cuyo objeto es hacer contactos con entidades especializadas en el desarrollo productivo del caucho, para gestionar la transferencia tecnológica y de conocimientos en general para la cadena técnica del caucho y productores del sector. Este programa estará enfocado a generar alianzas internacionales con entidades que promuevan transferencia de recursos, con el fin de fortalecer competitivamente los productores de caucho de la región.

El aporte de la Cámara de Comercio sería de \$30.464.000 y por la Gobernación del Meta \$65.000.000 para un total del convenio de \$95.464.000.

El aporte de la Cámara de comercio estaría discriminado así:

ESPECIE:

\$12.185.600

EFFECTIVO:

\$14.478.400

ADICIONAL (pólizas, impuestos, gastos financieros):

\$

3.800.000

Luego de escuchar los aportes de los directivos JAIME JOSE TRIANA RESTREPO y CESAR AUGUSTO DIAZ MEDINA sobre el tema, el Presidente de la junta directiva somete a consideración facultar al Presidente Ejecutivo para que se firme el convenio con la Gobernación del Meta con un aporte de \$30.464.000 del valor total del mismo, lo cual fue aprobado por unanimidad.”¹⁴

(separables o previos) de los contractuales propiamente dichos, susceptibles de impugnarse los primeros a través de las acciones previstas en los arts. 84 y 85 del c.c.a y los segundos por la del art. 87...”

¹³ Sentencia de 18 de febrero de 2010, Rad. 50001-23-31-000-2007-01129-01

¹⁴ Folios 124 a 127.

El Convenio de asociación 1158 fue celebrado el 30 de mayo de 2011 entre el Secretario Jurídico del Departamento del Meta y el Presidente de la Cámara de Comercio de Villavicencio, según consta en el texto del propio documento. (fls. 32 al 38).

Antes de iniciar el análisis, debe precisar la Sala que la causal en estudio comporta dos conductas diferentes, por una parte esta la intervención “**en la gestión de negocios ante entidades públicas**” y de otra “**la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros**”. El actor en su demanda no determinó con claridad a cuál de ellas hace referencia, pues con relación al demandado manifestó que “*intervino en la celebración de contratos*”¹⁵, “*intervino en la gestión de convenios*”¹⁶ y en la apelación se refiere a la suscripción del convenio como un acto complejo que requiere la autorización otorgada por la junta directiva de la Cámara de Comercio para efectos de validez.

A pesar de este defecto, que por sí solo haría impróspero el cargo en esta instancia, en razón a que no se puede controvertir vía recurso de apelación un argumento que no fue expuesto en la demanda, se tiene que examinados los elementos que configuran la causal y las pruebas allegadas al proceso, para la Sala es claro que la actuación del demandado en la reunión ordinaria de la junta directiva de la Cámara de Comercio de Villavicencio realizada el 28 de abril de 2011 de modo alguno puede tenerse como inhabilitante.

En efecto, la aprobación de la facultad otorgada al Presidente Ejecutivo para firmar el convenio con la Gobernación del Meta fue otorgada por la Junta Directiva “*por unanimidad*” y no por el demandado individualmente considerado, quien si bien participó en el otorgamiento de las citadas facultades, lo hizo en cumplimiento del deber que emanaba de la condición de miembro de la referida junta.

Es de la mayor importancia destacar que la junta directiva es un órgano de carácter colegiado, de manera que para tomar decisiones y, por ende, cumplir sus funciones requiere, al menos, con la anuencia de la mayoría de sus miembros. Así lo dispuso expresamente el artículo 17 del Decreto 898 de 7 de mayo de 2002 en los siguientes términos:

“La Junta Directiva de la Cámara podrá deliberar y adoptar todas sus decisiones con el voto favorable de la mayoría de sus miembros.”

Por lo anterior, no puede atribuirse a uno de los miembros de la junta directiva de la Cámara de Comercio, considerado de manera individual, la conducta de facultar al Presidente Ejecutivo para suscribir con posterioridad un convenio, porque dicha función competen al órgano colegiado. Así lo ha sostenido la Sala en consideración a que “*(...) son diferentes los miembros de un organismo colegiado y el ente que integran, como son diferentes las decisiones de aquellos y de éste (...)*”¹⁷.

Como se precisó, para la configuración de la causal se requiere la ejecución, de conductas que revelen una participación personal y **directa**, por ello, para efectos de la inhabilidad en estudio, ésta se determina a partir de actuaciones individuales,

¹⁵ Folio 2.

¹⁶ Folio 5.

¹⁷ Cfr. Sentencias del 7 de septiembre de 1992, C. P. doctora Mirén de la Lombana de Magyaroff y de 2 de noviembre de 1995, C.P. doctor Amado Gutiérrez Velázquez.

libres y voluntarias, y no por participación en órganos plurales en cumplimiento de un deber en razón de cargo o dignidad.

Siendo así las cosas, el hecho probado de que el demandado, en condición de miembro de la junta directiva de la Cámara de Comercio de Villavicencio hubiera participado en la sesión de 28 de abril de 2011, en la que se autorizó al Presidente Ejecutivo para suscribir convenio con la Gobernación del Meta no configura causal de inelegibilidad que afecte su elección y el cargo no tenía vocación de prosperidad; por consiguiente, se impone confirmar la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de 30 de abril de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta.

En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidente

MAURICIO TORRES CUERVO

ALBERTO YEPES BARREIRO