



Función Pública

Concepto 238751 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000238751

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000238751

Fecha: 07/07/2021 05:42:40 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES - Concejal - Ejercicio de actividad privada - Conflicto de intereses - RADICACIÓN: 20219000477452 del 16 de junio de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual pone de presente que en la actualidad es concejal del Municipio de Anolaima, pero que desde años atrás ha venido trabajando con un equipo de profesionales en actividades propias de cada uno de ellos, específicamente en dibujar planos, digitalizar documentos para ser firmados por el profesional que corresponda, organizar los paquetes o carpetas y presentarlos en las distintas dependencias de las entidades del orden nacional, departamental y municipal, entre ellos, en el Municipio de Anolaima Cundinamarca; que aunque su trabajo es meramente privado, se le ha cuestionado para participar en sesiones en las cuales se debate el cobro por concepto de expedición de licencias de construcción, toda vez que según los demás concejales, usted tramita licencias de construcción en la secretaría de Planeación del municipio, y en tal sentido solicita a este Departamento Administrativo: *“un concepto argumentado si efectivamente me encuentro o no en alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad para desempeñar mis tareas privadas dentro del municipio del cual soy oriundo y concejal en ejercicio”*, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, así como tampoco le compete decidir si una persona incurrió o no en causal de inhabilidad o incompatibilidad, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, la Constitución Política establece:

ARTICULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

“ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

De acuerdo con las anteriores disposiciones, los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales. Así mismo, no podrán desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Para el presente caso, señala en su consulta que los trabajos realizados diferente a las funciones desempeñadas en calidad de concejal, los realiza a profesionales como abogados, Ingenieros topógrafos, ingeniero civil y arquitecto y no a entidades públicas, por lo que se colige que el ingreso económico que resulte de dichas gestiones privadas, no provienen del tesoro público o de personas privadas que manejen o administren recursos públicos; en consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, no incurriría en las prohibiciones de los Artículos 127 y 128 constitucional.

Ahora bien, sobre las incompatibilidades de los concejales, la Ley 136 de 1994 *“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.”*, dispuso:

“ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

1. Artículo 3 de la Ley 177 de 1994 derogado por el Artículo 96 de la Ley 617 de 2000
2. Ser apoderado ante 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.
5. <Numeral adicionado por el Artículo 41 de la Ley 617 de 2000. El texto es el siguiente:> 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 1o. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.

PARÁGRAFO 2o. El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o accepte 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.

ARTÍCULO 46. EXCEPCIONES. Lo dispuesto en los Artículos anteriores no obsta para que los 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, contribuciones, tasas y de multas que graven a las mismas personas;
- c) <Literal subrogado por el Artículo 42 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social 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. Sin embargo, los concejales durante su período Constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital.(Destacado nuestro)

De acuerdo a los anteriores Artículos los concejales durante su período Constitucional no podrán, entre otras acciones, 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 o ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio.

En cuanto a la prohibición de prestar asesoría en asuntos relacionados con las funciones del cargo, el numeral 22 del Artículo 35 del Código Único Disciplinario, numeral modificado por el Artículo 3 de la Ley 1474 de 2011, dispuso:

“ARTÍCULO 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

“(...)”

22. <Numeral modificado por el Artículo 3 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Prestar, a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.

Esta prohibición será indefinida en el tiempo respecto de los asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones.

Se entiende por asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones aquellos de carácter particular y concreto que fueron objeto de decisión durante el ejercicio de sus funciones y de los cuales existe <sic> sujetos claramente determinados.(...)”

En la exposición de motivos del “Proyecto de ley por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, se indicó:

“La administración pública es el ámbito natural para la adopción de medidas para la lucha contra la corrupción; por ello en el primer capítulo se consagra una serie de mecanismos administrativos para reducir determinados fenómenos que afectan gravemente al Estado:

A. En primer lugar, se busca terminar con la llamada puerta giratoria, a través de la cual se logra la captura del Estado por personas que habiendo laborado en la administración pública utilizan sus influencias para actuar ante la misma.

En este sentido, el Artículo 3 señala rigurosas prohibiciones para que los servidores públicos gestionen intereses o contraten con entidades donde se desempeñaron. Por su parte, el Artículo 4 consagra una inhabilidad para contratar con el Estado aplicable a quien haya ejercido cargos de dirección en entidades del Estado, y a las sociedades en las que dicha persona esté vinculado a cualquier título, durante los tres (3) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios. (...)”

La Corte Constitucional en Sentencia No. C-893 de 2003, en cuanto al alcance del numeral 22 del Artículo 35 de la Ley 734 de 2002, señaló lo siguiente:

“4.7. Así las cosas, encuentra la Corte que la norma contenida en el Artículo 35 numeral 22 de la Ley 734 de 2002 según la cual a todos los servidores públicos les está prohibido “Prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, hasta por un término de un año después de la dejación del cargo o permitir que ello ocurra”, se ajusta a la Carta Política, conforme a las precisiones que a continuación se exponen:

4.7.1. De entrada, ha de observarse por la Corporación que la prohibición que ahora ocupa la atención de la Corte, tiene un sólido fundamento constitucional con respecto a aquellos asuntos concretos de los cuales el servidor público conoció en ejercicio de su cargo, pues pugna con las normas constitucionales que quien conoció de un asunto concreto en ejercicio de sus funciones, pudiera sin embargo luego de desvinculado actuar prestando sus servicios de asistencia, representación o asesoría sobre el mismo asunto y ante el organismo, corporación o entidad en la cual laboraba con anterioridad. Es legítimo pues, que el legislador establezca esta prohibición.

4.7.2. De la misma manera, encuentra la Corte ajustado a la Constitución que en guarda de la moralidad administrativa, de la igualdad ante la ley, de la imparcialidad y de la transparencia de la función pública, se extienda por un año la prohibición a quien fue servidor público de un organismo, entidad o corporación, de prestar servicios de asesoría, representación o asistencia ante su inmediato y anterior empleador.

4.7.3. Tampoco tendría explicación constitucionalmente válida, que se autorizara y se le diera legitimidad en nuestro ordenamiento jurídico a la prestación de servicios de asesoría, asistencia o representación por parte de servidores públicos que lo fueron dentro del año inmediatamente anterior, a quienes conforme a la ley se encuentran sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismo a la cual se estaba vinculado como servidor público, pues en tal caso, aparecerían seriamente comprometidos y lesionados, entre otros, los principios de la igualdad, la transparencia, y la imparcialidad de la función pública.(...)".(Subrayas fuera del texto)

De acuerdo al numeral 22 del Artículo 35 de la Ley 734 de 2002, a todo servidor público le está prohibido prestar a título personal o por interpuesta persona, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, o permitir que ello ocurra, hasta por el término de dos (2) años después de la dejación del cargo, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismos al que se haya estado vinculado.

Al referirse la norma a la prohibición indefinida en el tiempo de prestar a título particular unos servicios de asistencia, representación o asesoría respecto de los asuntos concretos de los cuales conoció en ejercicio de sus funciones, puede considerarse que la prohibición de realizar estas actividades se enmarca en el ejercicio privado de una profesión, actividad o función, que por su naturaleza o alcance puedan generar afectación a la función pública.

En ese sentido, esta prohibición pretende evitar que terceros pueden beneficiarse de la información especial y del conocimiento que en razón de sus funciones tiene el servidor público y que la función pública sea utilizada de manera ilegal en provecho de intereses particulares o con exclusiones indebidas, o con favoritismos que reflejen privilegios no autorizados por la ley, o con ventajas obtenidas a merced del uso de información a la que se tuvo acceso por razón de la calidad de servidor público, atentando de esta forma contra la ética y la probidad que deben caracterizar a los funcionarios públicos.

Así las cosas, como servidor público le está prohibido prestar a título particular servicios de asistencia, representación o asesoría respecto de los asuntos concretos que tengan que ver con el ejercicio de sus funciones como concejal.

Por consiguiente, una vez adelantada la revisión a las normas sobre incompatibilidades aplicadas a los servidores públicos, en criterio de esta Dirección Jurídica, no hay impedimento para que un concejal pueda realizar actividades, prestar asesorías tendientes a prestar sus servicios profesionales de manera particular, siempre y cuando estas funciones no impliquen recibir doble asignación del erario público o de personas privadas que manejen o administren recursos públicos y que al prestar sus servicios profesionales no incurra en la prohibición del servidor público para celebrar contratos por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos (Artículo 127 y 128 constitucional); además no deberá prestar a título particular servicios de asistencia o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, es decir, en funciones propias como concejal.

En igual sentido, que dichas actividades privadas no impliquen 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 o ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio.

Ahora bien, para el presente caso, es importante señalar que la ya mencionada ley 136, sobre conflicto de interés, dispuso:

“ARTÍCULO 70. CONFLICTO DE INTERÉS. Cuando para los concejales exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.

Los concejos llevarán un registro de intereses privados en el cual los concejales consignarán la información relacionada con su actividad económica privada. Dicho registro será de público conocimiento. Cualquier ciudadano que tenga conocimiento de una causal de impedimento de algún concejal, que no se haya comunicado a la respectiva corporación, podrá recusarlo ante ella.

ARTICULO 195. REGIMEN DISCIPLINARIO: Mientras se expide el régimen disciplinario para los servidores y empleados públicos del municipio, además de las leyes vigentes, le será aplicado el estatuto establecido en la Ley 13 de 1984 y sus decretos reglamentarios sobre administración de personal y régimen disciplinario para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, cuando por su naturaleza les resulte aplicable. (Subrayas y negrillas nuestras)
(Destacado fuera del texto)

Por su parte, la Ley 734 de 2002 Por la cual se expide el Código Disciplinario Unico, dispone:

ARTÍCULO 40. CONFLICTO DE INTERESES. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido. (Destacado nuestro)

De acuerdo a los Artículos en precedencia, cuando para los concejales exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera a él o a sus socios de derecho o de hecho, será obligación declararse impedido y apartarse de participar en los debates o votaciones respectivas.

El Consejo de Estado ha estudiado la figura principalmente con casos relacionados a la pérdida de investidura de congresistas, extendiendo su concepción en igual sentido a los Concejales, como sucede con la sentencia proferida por la Sección Primera del 30 de junio de 2017, Radicado No. 2016-00291 y ponencia del Consejero (E1) Roberto Augusto Serrato Valdés, en la cual pronuncia sobre los elementos que configuran la violación al régimen de conflicto de intereses de la siguiente forma:

«La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 17 de octubre de 2000, tuvo la oportunidad de precisar el alcance de la causal en estudio, con ocasión de los procesos de pérdida de investidura de congresistas:

“Entonces, el conflicto de intereses surge cuando el congresista tenga interés directo en la decisión de que se trate, porque le afecte de alguna manera, o afecte a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a sus parientes, o a sus socios; y así lo observe o advierta, y debe entonces declarar su impedimento. Es decir, viola el régimen de conflicto de intereses el que, a sabiendas de la situación de conflicto, no manifieste su impedimento y en su provecho participe en el asunto, o en provecho de su cónyuge o compañero o compañera permanente, o de sus parientes, o de sus socios.

Ese interés, con tales características, ha de ser particular, pues si se tratara del interés general, común a todos, resultaría que los congresistas, todos ellos, en todos los casos, se encontrarían en situación de conflicto.

La situación de conflicto resulta, pues, del asunto o materia de que se trate, de las particulares circunstancias del congresista o su cónyuge o compañero o compañera permanente, o sus parientes, o sus socios, y de su conducta, en cada caso.

El interés consiste en el provecho, conveniencia o utilidad que, atendidas sus circunstancias, derivarían el congresista o los suyos de la decisión que pudiera tomarse en el asunto.

Así, no se encuentra en situación de conflicto de intereses el congresista que apoye o patrocine el proyecto que, de alguna manera, redundaría en su perjuicio o haría más gravosa su situación o la de los suyos, o se oponga al proyecto que de algún modo les fuera provechoso. En ese sentido restringido ha de entenderse el Artículo 286 de la ley 5.ª de 1.991, pues nadie tendría interés en su propio perjuicio, y de lo que trata es de preservar la rectitud de la conducta de los congresistas, que deben actuar siempre consultando la justicia y el bien común, como manda el Artículo 133 de la Constitución. Por eso, se repite, la situación de conflicto resulta de la conducta del congresista en cada caso, atendidas la materia de que se trate y las circunstancias del congresista y los suyos»². (Destacado nuestro)

Conforme lo anterior, el conflicto de interés opera cuando entran en colisión el interés público y el interés privado del concejal, de modo tal que quede privado de la imparcialidad necesaria para tramitar y decidir un asunto sometido a su conocimiento y competencia; refiriéndose así, a situaciones de carácter particular y concreto sobre las que existe un interés personal, que implican el aprovechamiento de la investidura.

Por ende, se configura con la concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta alguna decisión, en cuyo caso quien deba tomarla estará obligado a declararse impedido para poder hacerlo.

Ahora bien, la Sala Plena de la Corte Constitucional en sentencia C-1040 de 2005, se refirió a la naturaleza del interés que genera conflicto, indicando en esa oportunidad lo siguiente:

«(...) Existe un interés directo, cuando el provecho que se obtenga por el parlamentario, sus familiares o socios en los términos previstos en la ley, no requiera para su demostración de actos, hechos o desarrollos posteriores que lo conviertan en hipotético o aleatorio. Sobre el particular la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la comprobación del mismo: “debe surgir de los extremos de la relación que se plantea a través de la decisión que haya de tomarse con respecto a los proyectos de ley, sin intermediación alguna. Sólo dentro de los límites de un determinado ordenamiento jurídico, puede tener para el congresista o las personas indicadas en el numeral 286 de la Ley 5ª de 1992, relevancia su interés, el cual no puede ser otro que aquél en el cual sus destinatarios tengan relación directa con el mismo”³. Por otra parte, el interés se torna en particular, cuando la adopción de una decisión en un asunto concreto le generaría al parlamentario un provecho o beneficio, específico y personal, para sí mismo o para quienes de acuerdo con la ley se encuentren relacionados con él, y que no obstante estar consciente de dicha circunstancia, no manifiesta su impedimento para participar en el debate o votación correspondiente. Finalmente, el interés debe ser inmediato, con el propósito de excluir sucesos o hechos contingentes e imprevisibles, sobre los cuales no sea posible determinar o predecir con cierto grado de convicción y de evidencia fáctica su realización en el futuro»⁴

En este orden de ideas, el interés que puede generar conflicto debe ser directo, al punto de que el efecto que pueda tener sobre las personas relacionadas en el Artículo 70 de la Ley 136 de 1994, resulte inmediato, sin consideración a circunstancias o elementos externos a la decisión y que se produzca de forma especial, particular y concreta, respecto de las mismas, ya sea en su beneficio o en su perjuicio y que no obstante esa situación no se manifieste en forma expresa el impedimento de parte del Concejal.

Así las cosas, para la determinación de un conflicto de interés deberá analizarse en cada caso la configuración de un interés directo, inmediato y particular, como contraposición del interés general, que implique el aprovechamiento de la investidura de concejal, frente asuntos sobre los que tiene competencia y votación.

Para el caso de su consulta, corresponderá al interesado analizar si al realizar actividades particulares como dibujar planos, digitalizar documentos para ser firmados por el profesional que corresponda, organizar los paquetes o carpetas y presentarlos en las distintas dependencias de las entidades del orden nacional, departamental y municipal, entre ellas, en el Municipio de Anolaima Cundinamarca, afectaba positiva o negativamente en el trabajo desempeñado por el concejal, especialmente en los debates relacionados con el cobro por concepto de expedición de licencias de construcción, determinando con ello, según las normas legales vigentes si existía o no un interés directo en la

regulación o actuación realizada y por lo tanto, si en virtud de esa premisa, el servidor público debía o no declararse impedido para actuar.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. Consejero ponente. Mario Rafael Alario Méndez. Expediente AC 11116. Actor Luis Andrés Penagos Villegas.
3. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 26 de julio de 1994. Radicación AC-1499. Consejero Ponente: Delio Gómez Leyva.
4. Corte Constitucional, sentencia C-1040 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:31:12