



Concepto 250541 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000250541

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000250541

Fecha: 27/06/2023 02:50:53 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Inhabilidades para postularse al concurso para ser elegido en el cargo de personero. RAD. 20239000624362 del 15 de junio de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante el cual consulta si existe alguna inhabilidad o incompatibilidad para que un concejal en ejercicio se postule a un concurso que derive en la elección del personero municipal, atentamente me permito manifestarle lo siguiente:

De manera preliminar, es importante tener en cuenta que, conforme establecido en el Decreto 430 de 2016¹, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.²

Por lo anterior, se deduce que esta entidad no es un organismo de control o vigilancia y no cuenta con la facultad legal para determinar derechos individuales, ni tiene la potestad legal para dictaminar si una persona en particular se encuentra inhabilitado para acceder a cargos de elección popular, dicha competencia es propia de los Jueces de la República; por consiguiente, las manifestaciones dadas mediante conceptos tienen la finalidad de dar orientación general de las normas de administración de personal en el sector público en el marco del alcance que determina el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011; es decir, no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución y no comprometen a la entidad pública.

Aclarado lo anterior, se considera pertinente tener en cuenta que, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en fallo con radicación 11001-03-28- 000-2016-00025-00(IJ) del veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017), con ponencia de la Magistrada Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, determina que las circunstancias de inelegibilidad son límites al derecho de acceso a cargos públicos y al derecho a elegir y ser elegido, inspiradas en razones de interés general y bien común. Son, a su vez, expresiones de un género, dentro del cual existen varias especies, que en querer del Constituyente o del Legislador definen, en buena parte, las condiciones de quien ha de acceder a la función pública. Ello, por medio de la exigencia, bien sea positiva o negativa, de pautas comportamentales y cualificaciones de los sujetos activos y pasivos del acto de elección.

Dicho en términos más estrictos, estas configuran el patrón de conducta y/o el perfil esperado del eventual servidor público antes de ocupar un cargo, así como las particularidades que deben rodear su designación, a través de previsiones que se resumen, por ejemplo, en “hacer”, “no hacer”, “haber hecho” o “no haber hecho”, así como en “ser”, “no ser”, “haber sido” o “no haber sido”. Esa connotación excluyente impone que cualquier pretensión hermenéutica que sobre ellas recaiga debe necesariamente orientarse por el principio de interpretación restrictiva, que demanda que ante la dualidad o multiplicidad de intelecciones frente al precepto que las consagra, se prefiera la más benigna; y, al mismo tiempo, conlleva la proscripción de razonamientos basados en la extensión y la analogía.

Frente al particular, la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos ha sido consistente al manifestar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que debe reunir quien aspire a ingresar o a permanecer al servicio del Estado, deben estar consagradas en forma expresa y clara en la Ley³

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:⁴

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía

legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y .P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio 267 C". (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Conforme lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

La Ley 136 de 1994, establece respecto de las inhabilidades para ser elegido personero municipal, lo siguiente:

El artículo 174 de la Ley 136 de 1994, señala que no podrá ser elegido personero quien:

"(...)

b) Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio; ..."

De acuerdo con lo previsto en la norma transcrita, se tiene que, no podrá ser elegido personero municipal, entre otros, quien haya ocupado durante el año anterior cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio.

La Corte Constitucional declaró exequible esta causal, en Sentencia C- 617 de 1997, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, señalando:

"El literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 prohíbe que sea elegido Personero Municipal o Distrital quien haya ocupado durante el año anterior cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio.

Al decir de los actores, este precepto es inconstitucional por establecer barreras para el ejercicio de un cargo público sin que la Constitución las haya previsto; por extender el término de duración de las incompatibilidades de los concejales de manera desventajosa respecto de los congresistas y diputados; y por no haber sido contemplada la misma inhabilidad para el caso del Procurador General de la Nación, quien es cabeza del Ministerio Público.

La Corte Constitucional, frente a esos cargos, debe manifestar:

- El legislador, como ya se expresó, goza de autorización constitucional para establecer causales de inhabilidad e incompatibilidad en cuanto al ejercicio de cargos públicos, y al hacerlo, en tanto no contradiga lo dispuesto por la Carta Política y plasme reglas razonables y proporcionales, le es posible introducir o crear los motivos que las configuren, según su propia verificación acerca de experiencias anteriores y su evaluación sobre lo que más convenga con el objeto de garantizar la transparencia del acceso a la función pública, de las sanas costumbres en el seno de la sociedad y de la separación entre el interés público y el privado de los servidores estatales, sin que necesariamente los fenómenos que decida consagrar en la calidad dicha tengan que estar explícitamente contemplados en el texto de la Constitución. Exigirlo así significaría quitar a la ley toda iniciativa en materias que son propias de su papel en el plano de la conformación del orden jurídico, despojando de contenido la función legislativa misma."

"Busca la norma impedir que se utilice el poder para favorecer o auspiciar la campaña en búsqueda de la elección, lo cual se aviene sin esfuerzo al sentido y a los objetivos de las inhabilidades, resguarda la confianza pública en la autonomía de los concejales al elegir y protege la igualdad de condiciones entre los distintos candidatos al cargo de Personero."

De acuerdo con lo anterior, una de las inhabilidades para ser elegido por el concejo municipal o distrital como personero, es haber ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio en el cual será designado.

Con respecto a lo que debe entenderse por Administración Central o Descentralizada del Distrito o Municipio, se debe tener en cuenta lo siguiente:

El sector central está conformado por la alcaldía, las secretarías y los departamentos administrativos.

Por su parte, el sector descentralizado está conformado por aquellas entidades cuya gestión administrativa, aunque subordinada al gobierno central, se realiza con relativa independencia y que cuentan con autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente como es el caso de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, entre otras.

De otra parte, es importante tener en cuenta que la Constitución Política con respecto a la calidad de los concejales, establece:

ARTICULO 312. Modificado por el art. 5, Acto Legislativo 01 de 2007. El nuevo texto es el siguiente: En cada municipio habrá una corporación político-administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva. Esta corporación podrá ejercer control político sobre la administración municipal. (...)

La ley determinará las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los Concejales y la época de sesiones ordinarias de los Concejos. Los Concejales no tendrán la calidad de empleados públicos. (...) (Subrayado fuera de texto)

Conforme lo señala la norma transcrita, los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos.

Ahora bien, respecto a la inhabilidad del Concejal para ser Personero, el Consejo de Estado, en Sentencia con radicado número: 520012331000200400141 del veintiuno (21) de julio de dos mil cinco (2005) de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Reinaldo Chavarro Buriticá, expresó

"El asunto a dilucidar es si el haber ejercicio como concejal de un municipio constituye el desempeño de un empleo público.

El artículo 123 de la Constitución Política señala que: "Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios". De conformidad con la norma constitucional, los miembros de las Corporaciones Públicas son "servidores públicos" -al igual que los "empleados y trabajadores del Estado"; significa entonces, que son tres las clases de servidores públicos en el Estado colombiano, la primera de ellas, la conforman los miembros de las corporaciones públicas, la segunda, los empleados y la tercera, los trabajadores. Es así que por expreso mandato superior, los congresistas, los diputados y los concejales, aunque son servidores públicos, no tienen la calidad de empleados o trabajadores del Estado.

A su vez, el artículo 312 de la Constitución Política establece lo siguiente: "La ley determinará las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de, empleados públicos". La Constitución deja a la ley, la facultad de determinar las calidades que deben reunir los concejales para ser designados como tales, definir el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que les regirá y señalar la época de reuniones ordinarias es decir, que dichos servidores estarán sometidos a un régimen especial que fija la ley. Igualmente en forma expresa y categórica la norma determina que los concejales no tienen la calidad de empleados públicos, es decir, que en manera alguna la investidura que detentan conlleva el ejercicio de empleo público, porque, se reitera, son servidores del Estado y gozan de un régimen especial que corresponde a la naturaleza de la corporación a la cual pertenecen.

Por lo anterior, se concluye que los concejales de los municipios no tienen la calidad de empleados públicos y por lo tanto no se da el primer supuesto previsto por la norma para que se configure la inhabilidad acusada.

La Sala precisa que en sentencia de 3 de abril de 2003, Exp. 2868 citada por el demandante en el recurso de alzada, cuya copia fue allegada al expediente en esa oportunidad (fl. 105 a 126), se rectificó la jurisprudencia de la Sección en el sentido de que se configuraba inhabilidad para el personero por haber sido concejal durante el año anterior a su elección, pero respecto de la causal de inhabilidad específica prevista por el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, por cuanto si bien era cierto que los concejales no tenían la calidad de empleados públicos sí ejercían cargo público. Es claro, sin embargo, que la causal de inhabilidad que se invoca en el sub iudice, es la contenida en el literal a) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 y por remisión, la del numeral 2° del artículo 95 ibídem en la forma como fue modificada por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, numeral 2°, que consagra las inhabilidades de los Alcaldes y que se refiere a quien haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio; pero como quedó demostrado que los concejales no son empleados públicos, no se configura la causal de inhabilidad invocada- Adicionalmente se precisa que en el juicio de nulidad electoral la justicia es rogada, vale decir, que no se puede emitir fallo ultra o extra petita (más allá de lo pedido o por objeto distinto del demandado)." (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Conforme lo señala el Alto Tribunal los concejales no tienen la calidad de empleados públicos, es decir, que en manera alguna la investidura que detentan conlleva el ejercicio de empleo público, son servidores del Estado y gozan de un régimen especial que corresponde a la naturaleza de la corporación a la cual pertenecen.

De otra parte, es importante tener en cuenta que la Constitución Política, señala:

"Artículo 291.- Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura..."

"Artículo 312.- Modificado por el art. 5, Acto Legislativo 01 de 2007. El nuevo texto es el siguiente: En cada municipio habrá una corporación político-administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva. Esta corporación podrá ejercer control político sobre la administración municipal.

La ley determinará las calidades, inhabilidades, e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos..."

De acuerdo con la norma, los miembros de corporaciones públicas, como es el caso de los concejales, no pueden aceptar cargo alguno en la administración pública, so pena de perder su investidura.

Por su parte, la Ley 617 de 2000 que modificó la 136 de 1994, señala lo siguiente:

"Artículo 43.- Duración de las incompatibilidades. El Artículo 47 de la Ley 136 de 1994 quedará así: "Artículo 47.- Duración de las incompatibilidades. Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para

el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión".

De acuerdo con la norma, por regla general las incompatibilidades de los concejales se mantendrán hasta la finalización del período para el cual fueron elegidos, en caso que el concejal renuncie a su curul, las incompatibilidades se mantendrán hasta por seis meses si el tiempo que falta para la finalización del período es mayor.

En ese sentido, en criterio de esta Dirección Jurídica, el concejal activo que se presenta a un concurso de méritos que derive en la elección del personero municipal deberá tener en cuenta las incompatibilidades relacionadas con su cargo.

De acuerdo con las normas y jurisprudencia expuestas, en criterio de esta Dirección la inhabilidad contemplada en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, se aplica a quien haya ejercido cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del respectivo municipio, en consecuencia, y como quiera que el concejal no cuenta con la calidad de empleado público de una entidad del nivel central o descentralizado del municipio, no le es aplicable dicha causal.

De otra parte, se tiene que las incompatibilidades de los concejales se mantendrán hasta la finalización del período para el cual fueron elegidos, en caso que el concejal renuncie a su curul, las incompatibilidades se mantendrán hasta por seis meses si el tiempo que falta para la finalización del período es mayor.

Los concejales, una vez terminado su periodo constitucional podrá vincularse en un cargo público como es el de Personero.

Así las cosas, y en atención a su primer interrogante, mediante el cual consulta: "Existen inhabilidad o incompatibilidad diferentes a las establecidas en la ley 136 de 1994 para que un concejal se presente a concurso de méritos para el cargo de personero municipal.", le manifiesto que, para adelantar el estudio de las inhabilidades para acceder al cargo de personero, se requiere, para el caso de los concejales, adelantar la revisión de las incompatibilidades de los mismos.

A su segundo interrogante, mediante el cual consulta: "¿Un concejal en ejercicio de sus funciones, hoy al año 2023 puede presentarse a concurso de méritos para el cargo de personero para periodo 2024-2028 en el mismo municipio que ejerce funciones como concejal?", le manifiesto que las incompatibilidades de los concejales se mantendrán hasta la finalización del período para el cual fueron elegidos, en caso que el concejal renuncie a su curul, las incompatibilidades se mantendrán hasta por seis meses si el tiempo que falta para la finalización del período es mayor.

En este orden de ideas, y atendiendo la prohibición contenida en el artículo 291 de la Constitución determina que los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales, como es el caso de los concejales, no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura, se entiende que la prohibición dura mientras termina su período Constitucional, y de conformidad con lo previsto en el artículo 43 de la Ley 617 de 2000, en caso de renuncia, se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Al tercer interrogante de su escrito, mediante el cual consulta: "En caso de existir incompatibilidad y/o inhabilidad para presentarse al concurso de elección de personero municipal, ¿este en que momento deberá renunciar al cargo como concejal para poder presentarse al concurso de elección de personero municipal en el mismo municipio donde ejerció funciones?", le manifiesto que la inhabilidad de que tratan las normas, se refieren al momento de tomar posesión del cargo, en consecuencia, se tiene que no existe norma que prohíba la participación en el concurso de méritos.

Al cuarto interrogante de su escrito, en el que pregunta: "En caso de no existir inhabilidades e incompatibilidades, ¿se puede presentar un conflicto de intereses si el concejal en ejercicio de sus funciones se presente al concurso de elección de personero municipal en el mismo municipio donde ejerce funciones?", le reitero que, en virtud de lo previsto en el artículo 291 de la Constitución Política, arriba transcrito, existe prohibición para que un concejal tome posesión de un cargo público, sin que se evidencia norma alguna que prohíba a un concejal presentarse a un concurso de méritos.

Ahora bien, en relación con la eventual configuración de un conflicto de interés por el hecho que un concejal en ejercicio se presente a un concurso de méritos para acceder al cargo de personero, sobre ese tema, la Ley 1437 de 2011⁵, dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 11. CONFLICTOS DE INTERÉS Y CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACIÓN. Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno 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. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público. Existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, y cualquiera de los

interesados en la actuación, su representante o apoderado. Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal. Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal. Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado. 9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas. Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa. Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver. Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores.

Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición”.

Como se observa el conflicto de Interés es una figura dispuesta para todo aquel que se encuentre ejerciendo una función pública, que, en desarrollo de la misma, deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas; el cual sobreviene cuando el interés general entra en conflicto con el interés particular y directo del servidor público. Este puede ser anunciado tanto por el funcionario que directamente considere que el ejercicio de sus funciones puede acarrear un provecho particular, caso en el cual deberá declararse impedido, como por el particular que presente la recusación en contra del servidor.

Así las cosas, un servidor público deberá declararse impedido, cuando en relación a su ejercicio y función sobrevenga alguna causal de conflicto de intereses, igualmente cualquier persona podrá recusar a un servidor público que incurra en causal de conflicto de intereses, de acuerdo al procedimiento descrito por el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011.

Frente al particular, la Ley 1952 de 2019⁶, indica:

“Artículo 44. 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.

Artículo 56. Faltas relacionadas con el régimen de incompatibilidades, inhabilidades, impedimentos y conflictos de intereses.

1.- Actuar u omitir, a pesar la existencia de causales incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

(...)

2.- No declararse impedido oportunamente, cuando exista obligación de hacerlo, demorar el trámite de las recusaciones, o actuar después de separado del asunto.”

Frente a la figura de conflicto de intereses, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, con ponencia del Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Planeta, en sentencia con Radicación núm.: 25000-23-15-000-2010-001610-01 del 17 de marzo de 2011, señaló:

“Según la jurisprudencia de esta Sala, el interés que genera el conflicto debe ser directo, es decir que la decisión debe redundar en beneficio del servidor público en forma inmediata, esto es, sin necesidad de que medien circunstancias o elementos externos a la misma; que se produzca un beneficio especial, particular y concreto en favor suyo, de su cónyuge o de un pariente; y que además no se manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto, tal como lo ha señalado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al pronunciarse de fondo en procesos de pérdida de investidura de los congresistas. Así por ejemplo, en la sentencia de 20 de noviembre de 2001, exp. núm. IP-0130, Consejero Ponente, Dr. Germán Rodríguez Villamizar, la Sala señaló:

"Por consiguiente, el conflicto de interés se presenta cuando el congresista se ve afectado por alguna situación de orden moral o económico que le impide tomar parte en el trámite o decisión de algún asunto sometido a su consideración, de tal manera que rompería la imparcialidad e independencia para atender su propia conveniencia o beneficio personal, o el de su cónyuge o compañero permanente, el de sus socios, o el de sus parientes en los grados antes señalados"

Asimismo, se ha dicho que el aspecto deontológico de esa figura radica en que es deber de los referidos servidores públicos poner de manifiesto ante la corporación respectiva, las circunstancias que por razones económicas o morales pueden afectar su objetividad, imparcialidad o independencia frente al asunto oficial o institucional que les compete decidir. De suerte que la causal no se configura por el sólo hecho de encontrarse en una situación personal o familiar que puede ser directa y específicamente afectada por la respectiva decisión, sino por no manifestarla, a sabiendas de encontrarse en situación de impedimento para tomar parte en aquélla." (Negrilla fuera de texto).

En el mismo sentido, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo De Estado, en sentencia con Radicación núm: 440012331000200400684 01 del 27 de enero de 2005, Consejero Ponente: Doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, precisó:

"La jurisprudencia de esta Sala tiene dicho que de esa disposición se desprende que el interés que puede generar conflicto con el asunto de que se trate debe ser directo, es decir que el efecto que la decisión pueda tener en las personas que como servidores públicos intervienen en ella sea inmediato, sin consideración a circunstancias o elementos externos a la decisión; que se produzca de forma especial respecto de ellas, de su cónyuge o de un pariente suyo, es decir, particular y concreta, sea en su beneficio o en su perjuicio; y que además no se manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto, y así lo ha consignado reiterada y ampliamente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativa de esta Corporación cuando se ha ocupado del asunto con ocasión de procesos de pérdida de la investidura de los congresistas."

Sobre las situaciones que puedan derivarse de un conflicto de interés, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con Radicación No: 1.903 del 15 de mayo de 2008, Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, estableció:

"2. El conflicto de intereses.

Sobre este tema la Sala mediante Concepto de Abril 28 de 2004 M.P Flavio Rodríguez Arce con radicación 1572, dijo:

"El conflicto de intereses: Es una institución de transparencia democrática que por su alcance y fundamento debe analizarse en forma concreta.

2.1 Noción. En términos generales es aquella cualidad de concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla.

2.2 Finalidad. El instituto del conflicto de intereses trata de impedir que prevalezca el interés privado del congresista sobre los intereses públicos, el cual, prevalido de su influencia, podría obtener provechos indebidos para sí o para terceros, es decir, evitar favorecer intereses que no sean los relativos al bien común o que la imparcialidad de sus decisiones se comprometa y distorsione por motivos personales o particulares. Se trata así de un asunto inherente al fuero interno del congresista, a un aspecto esencialmente subjetivo, el que de existir y no ser manifestado conforme al reglamento, da lugar a la recusación.

2.3 Fundamento. De allí que el fundamento del impedimento radica en que: a) el conflicto de interés afecta la transparencia de la decisión - para el caso, la motivación del voto -. En efecto, en toda decisión siempre debe haber, en forma inequívoca, un solo interés: el interés general de la ley. Por tanto, en caso de conflicto se mezclan el interés privado y el público, con lo cual queda en duda cuál fue el interés dominante. b) En que el impedimento evita que la decisión sea determinada por el interés particular en detrimento del interés público.

2.4 Necesidad de análisis en cada caso particular: La Sala estima conveniente advertir que el tema, de por sí complejo, requiere para su tratamiento del análisis de cada caso concreto, pues la conducta humana admite de manera necesaria matices y, por tanto, el instituto del conflicto de intereses, al ser del resorte del fuero interno, debe ser valorado con especial cuidado para no vulnerar los derechos del congresista o hacer inanes los alcances de la ley."

De acuerdo con lo expresado por Consejo de Estado, el conflicto de interés se estructura cuando el servidor público con su actuación se favorezca a sí mismo o a sus parientes. El constituyente quiso evitar, al prever la ocurrencia del conflicto de intereses, que el servidor público con su accionar haga prevalecer su interés personal o familiar sobre el general, buscando acabar con las ventajas personales distintas a las que se predicen de la generalidad.

Cabe anotar que el conflicto de intereses, al contrario de las inhabilidades e incompatibilidades no son taxativas; es decir, las acciones que lo originan no se encuentran expresamente determinadas en las normas, por lo tanto, requiere para su tratamiento del análisis de cada caso concreto, pues la conducta humana admite de manera necesaria matices y, por tanto, el instituto del conflicto de intereses, al ser del resorte del fuero interno, debe ser valorado con especial cuidado para no vulnerar los derechos del servidor y hacer inanes los alcances de la ley.

Por consiguiente, en caso de que como concejal haya conocido la elaboración de pruebas para el concurso de méritos, o elaborado las preguntas para entrevistas para el cargo o alguna situación similar relacionado con el concurso al cargo de personero, eventualmente se puede originar un conflicto de interés.

Teniendo en cuenta las consideraciones en precedencia, le corresponde a la Administración, al servidor público o al interesado analizar cada caso en particular para determinar si una persona se encuentra incurso en un conflicto de intereses, esto es, la concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la toma de alguna decisión, en cuyo caso quien deba tomarla estará obligado a declararse impedido para hacerlo.

Al quinto interrogante de su escrito, mediante el cual consulta: *“Se puede presentar un conflicto de intereses si el concejal que considera presentarse a concurso de elección de personero municipal participar en el proyecto de acuerdo para el incremento salarial de Alcalde y personero municipal.”*, le manifiesto que, de conformidad con lo previsto en la Constitución Política, es facultad del concejo municipal determinar el incremento salarial de los empleados públicos del municipio.

De igual manera, es importante tener en cuenta que el numeral primero del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 señala que no existirá conflicto de intereses para el concejal municipal cuando se trate de considerar asuntos que lo afecten en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general.

En este orden de ideas, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que no se presenta conflicto de interés en el caso que quien ejerció como concejal, y en virtud de ello, participó en las discusiones que derivaron en el incremento salarial de los empleados públicos, incluido el del personero municipal y posterior a su retiro como concejal es designado como personero del respectivo municipio, pues se entiende que dicha función la cumplió afectando en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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: Harold Herreño

Revisó y aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 “Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”

2 “Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”

3 Corte Constitucional en Sentencia No. C-546 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

4 Sentencia Dictadas dentro del Expediente No.: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

5 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6 “Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.”

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:09:08