



Concepto 035831 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000035831

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000035831

Fecha: 19/01/2024 07:06:17 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Concejal municipal. Vinculación del concejal una vez termine su periodo constitucional. RAD.: 20239001113002 del 14 de diciembre de 2023.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta:

"(...) 1. ¿Cuáles son las INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTOS DE INTERES vigentes para los concejales?

¿Un Concejal en ejercicio durante la vigencia 2023 puede ser nombrado Secretario de Despacho en la vigencia 2024 en el mismo municipio en el que fungió como concejal? ¿Puede un ex- concejal el cual terminó su periodo constitucional en la vigencia 2023 ser contratista del municipio en donde ejerció como concejal para la vigencia 2024?"

Al respecto me permito manifestar lo siguiente:

De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, 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 Constitución y en Ley.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado¹ en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

"Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

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, razón por la cual no procede su aplicación analógica ni extensiva.

En consecuencia, estas restricciones únicamente se aplican si están expresamente reguladas en la Constitución o en la Ley.

Ahora bien, la Constitución Política, establece:

ARTÍCULO 312. *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.*

(Inciso 1. modificado por el Artículo 4 del Acto Legislativo No. 2 de 2002. Declarado EXEQUIBLE, mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-757 de 2008)

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 otra parte, el Consejo de Estado, en sentencia de fecha 13 de mayo de 2005², ha señalado:

“Para la Sala es claro que la causal de inelegibilidad del numeral 2° del Artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el Artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no se aplica al Alcalde que se haya desempeñado como Concejal dentro de los doce meses anteriores a la fecha de su elección, por cuanto el Concejal no tiene la calidad de empleado público.

En efecto, el Artículo 123 de la Carta Política adopta la denominación genérica de servidores públicos para referirse a las personas que prestan sus servicios al Estado. Según esa norma, los servidores públicos comprenden las siguientes categorías: la de los miembros de las corporaciones públicas, la de los empleados públicos y la de los trabajadores oficiales.

Quiere decir lo anterior que el concepto de servidores públicos es genérico y está integrado por las especies ya señaladas.

De manera que el Concejal, según el Artículo 123 de la Carta, es un servidor público de la especie miembro de corporación pública, pues, además, expresamente el Artículo 312 ibidem señala que no tiene la calidad de empleado público, lo cual está en armonía con lo ya dicho, dado

En ese orden de ideas, una correcta interpretación de la inhabilidad para ser Alcalde cuando ha desempeñado el cargo de Concejal debe armonizarse con el Artículo 312 constitucional, que define la naturaleza jurídica del cargo de Concejal, excluyéndoles la calidad de empleados públicos a los Concejales.

En consecuencia, los Concejales son servidores de elección popular directa que no tienen la calidad de empleados públicos. Por lo tanto, la causal de inelegibilidad de los Alcaldes que consagra el numeral 2° del Artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el Artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no se refiere a los Concejales sino a los servidores que son empleados públicos.” (Subrayado fuera de texto)

En este orden de ideas, los concejales son servidores públicos de elección popular, que no tienen la calidad de empleados públicos y que pertenecen a una Corporación político administrativa como es el concejo municipal.

Respecto de las incompatibilidades de los miembros de las corporaciones públicas, la Constitución Política señala:

“ARTICULO 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.

(...)”

Por su parte, la Ley 136 de 1994³, sobre las inhabilidades e incompatibilidades de los concejales, dispuso:

“ARTÍCULO 43.- Inhabilidades. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas. 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.

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. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha”.

ARTÍCULO 45. Incompatibilidades. Los concejales no podrán:

ARTÍCULO 3 de la Ley 177 de 1994 derogado por el Artículo 96 de la Ley 617 de 2000> 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. 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. 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. 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 1.- Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra "universitaria". Subrayado "universitaria"

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

(...)

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. (Destacado Nuestro)

De acuerdo con lo establecido en las normas transcritas, existe prohibición para que un concejal municipal en ejercicio se vincule como empleado público o suscriba un contrato estatal con una entidad pública, incompatibilidad que se encuentra prevista hasta la terminación del período constitucional respectivo.

En el caso de renuncia, se mantendrá la incompatibilidad durante los seis (6) meses siguientes a la aceptación de la renuncia, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Por su parte, la Ley 1952 de 2019⁴, determina:

"ARTÍCULO 43. OTRAS INCOMPATIBILIDADES. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta doce meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio: a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos; b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

(...)". (Subrayado fuera de texto)

Cuando fue expedida la citada Ley 1952 de 2019, este Departamento elevó consulta al Consejo de Estado sobre el alcance de esta norma, Corporación que, con ponencia del Consejero Édgar González López, emitió el 23 de abril de 2019 el concepto No. 2414, en el que señaló lo siguiente:

"Inicialmente, la Sala considera necesario, en aras de la precisión y la claridad, hacer las siguientes observaciones:

1ª) La Sala encuentra que las incompatibilidades que son objeto de la consulta, las establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, el nuevo Código General Disciplinario, no se refieren al tema electoral.

En efecto, tales incompatibilidades no aluden al derecho a ser elegido, ni a la circunstancia de si determinados servidores públicos territoriales pueden inscribirse o no como candidatos para las elecciones territoriales.

Como se verá más adelante, las incompatibilidades citadas se relacionan con la intervención en asuntos de interés de la entidad territorial correspondiente a la de los servidores públicos mencionados en la norma, y con la actuación de estos como apoderados o gestores ante autoridades públicas.

2ª) La Sala observa que la norma que motiva la consulta no afecta otras inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos.

En otras palabras, el régimen general de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos se mantiene, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades específico en materia electoral.

La variación, en este caso en el régimen territorial, es de orden temporal, en la medida en que la norma de la consulta extendió en doce (12) meses después del vencimiento del período o retiro del servicio de los servidores públicos territoriales mencionados en la misma, las incompatibilidades similares que se encontraban establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 39 de la Ley 734 de 2002, el actual Código Disciplinario Único.

(...)

El numeral 1 y sus literales son esencialmente iguales a los previstos en el artículo 39 de la Ley 734 de 2002. Sin embargo, en la Ley 734 se extiende la incompatibilidad "desde el momento de su elección hasta cuando esté legalmente terminado el período", mientras que el artículo 43 de la Ley 1952 lo hace "desde el momento de su elección y hasta doce meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio."

(...)

Como se aprecia, esta norma regula los siguientes aspectos:

Establece incompatibilidades para desempeñar cargos públicos. Señala a determinados servidores públicos del orden territorial a quienes se les aplican esas incompatibilidades, los cuales son los gobernadores, los diputados, los alcaldes, los concejales y los miembros de las juntas administradoras locales. Determina el ámbito espacial de las incompatibilidades, al disponer que estas tienen aplicación en el nivel territorial donde tales servidores públicos hayan ejercido jurisdicción. Sería más preciso aludir, por la naturaleza de los cargos mencionados, al ejercicio de autoridad y/o de funciones administrativas, según el cargo. Fija el ámbito temporal de las incompatibilidades, el cual es el comprendido desde el momento de su elección y hasta doce (12) meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio.

1 Establece las conductas constitutivas de las incompatibilidades, las cuales son dos: - Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente o sus organismos. - Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

Ahora bien, la consulta indaga acerca de si en razón de las mencionadas incompatibilidades, los servidores públicos que desempeñan en la actualidad los citados cargos, se encuentran impedidos para inscribirse en las próximas elecciones territoriales a desarrollarse el 27 de octubre de 2019.

A este respecto, resulta pertinente hacer sobre la norma del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, las siguientes observaciones:

La norma no se está refiriendo al desempeño de otro cargo.

Conforme se indicó, estas incompatibilidades se refieren a dos conductas muy específicas: la de intervenir en asuntos o actuaciones administrativas o contractuales en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente o sus organismos, y la de actuar como apoderado o gestor ante entidades o autoridades públicas.

Tales incompatibilidades no se refieren a que el servidor público de uno de los cargos mencionados, desempeñe otro cargo público.

En consecuencia, se observa que por las incompatibilidades objeto de análisis, no hay impedimento de que el servidor público que actualmente esté desempeñando uno de tales cargos, se pueda inscribir como candidato en las elecciones territoriales del 27 de octubre de 2019, pues si sale elegido y se produce el vencimiento de su actual período o ya se encuentra retirado de su cargo, los doce (12) meses de extensión de las mencionadas incompatibilidades no se le aplican, porque estas se refieren específicamente a intervenir en asuntos de interés de la entidad territorial correspondiente o actuar como apoderado ante autoridades públicas, no a ejercer otro cargo público.

(...)

En la norma bajo examen, se advierte que las incompatibilidades del numeral 1 del citado artículo 43, son concretamente las siguientes:

"a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente o sus organismos.

b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales".

Se observa al analizar la primera de las incompatibilidades, que si se hace una interpretación estrictamente literal se presentaría la incompatibilidad por parte de los servidores públicos mencionados por la norma, ya que es evidente que los gobernadores, los diputados, los alcaldes, los concejales y los miembros de las juntas administradoras locales, intervienen en asuntos, actuaciones administrativas o contractuales en los cuales tiene interés el departamento, distrito o municipio correspondiente o sus organismos.

Tal interpretación no la comparte la Sala por cuanto estaría en contradicción con la noción de incompatibilidad, según la cual esta es una "no concurrencia que impide dos cosas a un mismo tiempo", lo cual no se presentaría en este caso, pues es claro que los mencionados servidores públicos para el ejercicio de sus funciones deben necesariamente intervenir en asuntos de interés de su respectiva entidad territorial.

En otras palabras, el ejercicio de sus funciones administrativas y la intervención en los asuntos de interés de su entidad territorial deben concurrir por lo general en su servicio público y, por tanto, no son excluyentes.

En consecuencia, dicha incompatibilidad debe ser interpretada con un sentido lógico, a fin de que constituya una incompatibilidad en el sentido jurídico del término.

Por tanto, la incompatibilidad mencionada en el literal a) del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019 debe interpretarse en el sentido de que consiste en que el servidor público mencionado por la norma, intervenga, no en ejercicio de sus funciones sino en beneficio propio o

personal, en asuntos, actuaciones administrativas o contractuales en los cuales tenga interés la entidad territorial correspondiente o sus organismos.

(...)

En conclusión, no se configuran las incompatibilidades establecidas en el artículo 43 numeral 1, literales a) y b), de la Ley 1952 de 2019, en el caso de los funcionarios mencionados en esta norma, que deseen postularse e inscribirse como candidatos en las elecciones territoriales del 27 de octubre de 2019.

Finalmente, la Sala deja en claro, de manera expresa, lo siguiente:

1) Las incompatibilidades que son objeto de la consulta, las establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, el nuevo Código General Disciplinario, no se refieren al tema electoral.

2) La norma citada no afecta otras inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos.

El régimen general de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos se mantiene, salvo en cuanto dicha norma extendió en doce (12) meses después del vencimiento del período o retiro del servicio de los servidores públicos territoriales mencionados en la misma, las incompatibilidades similares que se encontraban establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 39 de la Ley 734 de 2002, el actual Código Disciplinario Único.

3) El presente concepto se refiere única y exclusivamente a las incompatibilidades establecidas en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019 y no alude a otras inhabilidades e incompatibilidades constitucionales o legales, en las cuales eventualmente pudieran incurrir los funcionarios mencionados por dicha norma, que aspiraran a inscribirse como candidatos en las elecciones territoriales del 27 de octubre de 2019.

III. LA SALA RESPONDE

(...)

El artículo 43, numeral 1, literales a y b no establece incompatibilidad alguna para que los gobernadores, alcaldes, diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales puedan ser postulados y elegidos en cargos públicos en las próximas elecciones territoriales a celebrarse el 27 de octubre de 2019.”

Es claro el concepto al señalar que el artículo 43 de la Ley 1952 de 2019 no crea una nueva incompatibilidad para que aquellos que han actuado en cargos de elección popular, entre ellos, los concejales, sean elegidos en las siguientes elecciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, no existe incompatibilidad para tomar posesión o para realizar actuaciones administrativas en el municipio por la incompatibilidad hasta doce meses después del vencimiento de su periodo o retiro del servicio como concejal, pues el artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, no crea una incompatibilidad para ejercer cargos de elección popular, sino que se trata de incompatibilidades relacionadas con la intervención en asuntos de interés de la entidad territorial correspondiente a la de los servidores públicos mencionados en la norma, y con la actuación de estos como apoderados o gestores ante autoridades públicas.

En este orden de ideas, existe prohibición para que un concejal en ejercicio se vincule como empleado público o suscriba un contrato de prestación de servicios con una entidad pública, incompatibilidad que se encuentra prevista hasta la terminación del período constitucional respectivo.

En consecuencia, una vez finalizado el período constitucional para el cual fue elegido el concejal municipal, en criterio de esta Dirección Jurídica podrá ser designado o suscribir contratos con el municipio o con las entidades del respectivo ente territorial, siempre y cuando cumpla con los requisitos para el desempeño del mismo.

Finalmente, sobre el conflicto de interés 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. 2. 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 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. 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. 13. 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”.

“Artículo 12. TRÁMITE DE LOS IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo. A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales.

La autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario ad hoc. En el mismo acto ordenará la entrega del expediente.

Cuando cualquier persona presente una recusación, el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior.

La actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida. Sin embargo, el cómputo de los términos para que proceda el silencio administrativo se reiniciará una vez vencidos los plazos a que hace referencia el inciso 1 de este artículo”. (Subrayado fuera de texto).

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 número 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.

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.

Por consiguiente, en caso de que considere que en el ejercicio del empleo eventualmente se puede encontrar en conflicto de interés, por tener un interés particular y directo en algún asunto concreto, el concejal municipal deberá declararse impedido para hacerlo conforme lo señala la normatividad señalada en el presente documento.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, 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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Paula Alejandra Quitián.

Revisó: Harold Israel Herreno S.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

2 Consejo de Estado, en sentencia de fecha 13 de mayo de 2005, expediente N. 3588, Magistrado Ponente: Darío Quiñones Pinilla

3 Ley 136 de 1994 "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios

4 Ley 1952 de 2019: 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.

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 22:05:34