



Función Pública

Concepto 42721 de 2015 Departamento Administrativo de la Función Pública

20156000042721

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000042721

Fecha: 16/03/2015 10:02:34 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: VARIOS.- Procedimiento para presentar proyectos de acuerdos RAD.: 20159000019792 de fecha 03 de Febrero de 2015.

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

PLANTEAMIENTO JURIDICO

¿Es viable que el concejal que presenta un proyecto de acuerdo para la modificación del reglamento del concejo, vote aprobando el citado proyecto?

¿Es viable que un concejal demande el acto que lo designa para participar en una comisión permanente del concejo?

FUENTES FORMALES Y ANALISIS

Para abordar el planteamiento jurídico es pertinente realizar un análisis del Decreto 188 de 2004, la Ley 136 de 1994, la Ley 734 de 2002 y Sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, pertinentes al caso objeto de consulta.

Inicialmente, es preciso señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 188 de 2004¹, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con Empleo Público, Organización Administrativa, Control Interno y Racionalización de Trámites de la Rama Ejecutiva del Poder Público, razón por la cual no se encuentra facultado para señalar el procedimiento que debe surtir para la presentación y aprobación de los proyectos de acuerdo que se presentan ante el concejo municipal, dicha competencia se encuentra asignada a la Dirección para la Democracia, la Participación Ciudadana y la Acción Comunal del Ministerio del Interior.

No obstante lo anterior, a manera de orientación general es pertinente indicar:

1.- En atención al primer interrogante de su consulta, referente a establecer si es viable que el presidente del concejo presente proyecto de acuerdo y vote positivamente su aprobación; así como establecer el trámite que se debe surtir, me permito indicar que respecto a la iniciativa para presentar los proyectos de acuerdo la Ley 136 de 1994, señala:

“ARTÍCULO 71.- Iniciativa. Los proyectos de acuerdo pueden ser presentados por los concejales, los alcaldes y en materias relacionadas con sus atribuciones por los personeros, los contralores y las Juntas Administradoras Locales. También podrán ser de iniciativa popular de acuerdo con la Ley Estatutaria correspondiente.

PARÁGRAFO 1º.- Los acuerdos a los que se refieren los numerales 2, 3 y 6 del artículo 313 de la Constitución Política, sólo podrán ser dictados a iniciativa del alcalde.”

De acuerdo con lo anterior, es viable indicar que los concejales, incluido el presidente de la corporación tienen la facultad de presentar proyectos de acuerdo ante el concejo, para lo cual es preciso atender el trámite previsto en los artículos 73 y siguientes de la Ley 136 de 1994.

Ahora bien, respecto de si existe algún tipo de inhabilidad, incompatibilidad, conflicto de intereses o restricción para que el concejal que presenta un proyecto de acuerdo vote positivamente su aprobación, me permito indicar que esta Dirección Jurídica, atendiendo lo preceptuado por la Corte Constitucional², ha sido consistente al manifestar que tanto las inhabilidades, como las incompatibilidades, así como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, o para el ejercicio de una función pública deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva.

En ese sentido, es pertinente manifestar que una vez revisadas las normas que rigen la materia, no se evidencia una norma que restrinja al concejal que presenta un proyecto de acuerdo para que vote favorablemente el mismo; no obstante lo anterior, es preciso revisar el reglamento interno que tenga adoptado la corporación frente al particular.

Por otra parte, atendiendo la particular circunstancia de su consulta, es necesario revisar si un Concejal tendría eventualmente un conflicto de interés al votar la modificación del reglamento interno de la corporación, sobre ese tema, la Ley 136 de 1994³, establece:

“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.”

Por otra parte la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, expone:

“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.

ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales. (...)” (Subraya fuera de texto)

Respecto al conflicto de intereses, el Consejo de Estado mediante concepto No 1572 de abril 28 de 2004 de la Sala de Consulta de Servicio Civil, preceptuó:

“3. Requisitos para la configuración del conflicto de intereses en el caso de los congresistas. Como quiera que dicho conflicto se configura por la concurrencia de interés privado e interés público, se hace indispensable tener en cuenta, entre otros, los siguientes requisitos:

3.1 Interés privado concurrente. De acuerdo con lo expuesto, resulta indubitable que este interés debe aparecer en tal forma que comprometa objetivamente la intangibilidad del interés general perseguido, para lo cual la Sala estima necesario hacer las siguientes precisiones:

a) Existencia: Se configura el interés privado cuando hay "exigencia para la satisfacción de necesidades humanas" - Messineo, Tomo II, p. 10 -, lo cual acontece cuando surgen v. gr.: ventajas o provechos representados en derechos subjetivos, o en ventajas de tipo reparativo positivo (como indemnización por daños o detrimento de derechos) o negativo (reparación de gastos), o de tipo enriquecedor (como ganancias, utilidades, provechos, derechos, etc.), o cuando se refieren a la simple exoneración de desventajas (exoneración de obligaciones, cargas, etc.).

b) Juridicidad: Se da cuando el interés privado, protegible de ordinario, pero con la aptitud de afectar la transparencia, debido a que siendo actual y estando amparado por la ley puede perturbar el ánimo del interesado a actuar en su propio favor. Para ello debe tenerse en cuenta que el interés: 1) Es actual, cuando se ha adquirido y puede afectarse. De allí que por ausencia de éste requisito quede excluido el interés futuro. 2) Es jurídico, porque se encuentra amparado por la ley. Por tanto es inaceptable interés originado en el roce meramente social (v. gr. el de comunicación o trato) para generar conflicto de interés. y, 3) Es afectable, cuando puede extinguirse o modificarse el que se tiene. En cambio, no se da cuando el interés es inalienable (v. gr. La vida).

c) Privado: Se da cuando el interés es de naturaleza particular de manera inequívoca y, por lo mismo, se descarta cuando se actúa movido por el interés público o general - regulación abstracta en general -. El interés puede ser individual o colectivo, referido en el primer caso, por ej., a la propiedad particular y, en el segundo, al interés común de los propietarios en una urbanización.

d) Titularidad. El interés debe radicar en el congresista o en su cónyuge, compañero (a), pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, en el caso bajo estudio.

3.2 El interés público concurrente en la decisión pertinente. Para que este interés público concurrente pueda verse menoscabado, también se hace indispensable tener en cuenta aquellos aspectos que puedan afectar que sea el único determinante de la decisión; lo cual implica que en la misma persona que tiene un interés privado, también concurren estos requisitos:

a) Calidad de congresista.

b) Intervención en las deliberaciones y votaciones.

c) *Proyecto de decisión de interés público.*

d) *Afectación particular, consistente en que el proyecto a votar pueda afectar el interés directo del congresista, arriba mencionado.*

3.3 Conflicto de interés. De la concurrencia objetiva de los dos intereses mencionados puede desprenderse inequívocamente la existencia de un conflicto de interés como causal de impedimento o recusación. En tanto que este fenómeno no se estructuraría, de una parte, cuando no concurra alguno de los requisitos mencionados para los referidos intereses, y, de otro, cuando simplemente se trata de mera apreciación subjetiva de conflicto sin sustento en elementos objetivos."

La misma Corporación en sentencia del 3 de septiembre de 2002, recaída dentro del expediente 11001-03-15-000-2002-0447-01 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sostuvo:

"La jurisprudencia y la doctrina vienen indicando que el conflicto de intereses, sin consideración a que provenga de razones económicas o morales, toma dimensión punible cuando pierde el congresista su natural imparcialidad. Lo cual hace superfluo que la ley lo recoja en un catálogo de conductas que lo tipifiquen, siendo suficiente la consagración genérica formulada en el artículo 182 de la Constitución Política; pero para que se concrete en la actividad legislativa es menester que resalte una relación directa entre los intereses del congresista y la materia regulada por el proyecto tramitado, de acuerdo con el artículo 286 de la ley 5ª de 1992.^[1] Siempre que se produzca un resultado provechoso por el simple ejercicio de una función oficial, que convenga al agente o a otra persona allegada, en el orden moral o material, surgirá un conflicto de intereses. Si la ley protege el interés, será lícito; pero si se persigue con fines personales, particulares, que sobrepasen el interés social, será ilícito."

De acuerdo con lo expresado por Consejo de Estado, el conflicto de intereses se configura 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. Busca acabar con las ventajas personales distintas a las que se predicen de la generalidad.

CONCLUSION PRIMER INTERROGANTE

De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir que de conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional, tanto las inhabilidades, como las incompatibilidades, así como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, o para el ejercicio de una función pública deben estar consagradas en forma expresa y clara en el Estatuto General que rige la función pública y son taxativas y de interpretación restrictiva.

Así las cosas, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que no existe inhabilidad o incompatibilidad para que un concejal presente proyecto de acuerdo que derive en la modificación del reglamento interno del concejo y vote afirmativamente la propuesta, no obstante se considera pertinente revisar lo contemplado en el reglamento interno de la corporación sobre el particular.

Finalmente, es preciso indicar que tal circunstancia debe ser analizada al interior de la corporación para determinar si se presenta conflicto de interés en relación con el concejal y la presentación y aprobación de la modificación del reglamento interno de la corporación.

2.- En atención a la segunda parte de su consulta, referente a establecer si es viable que un concejal demande ante un Juez de la República el acto que lo designa para participar en una comisión permanente del concejo, me permito indicar que respecto de la conformación de las comisiones y en general respecto del reglamento interno del concejo municipal, la Ley 136 de 1994, señala:

"ARTÍCULO 25.- Comisiones. Los concejos integrarán comisiones permanentes encargadas de rendir informe para primer debate a los proyectos de acuerdo, según los asuntos o negocios de que éstas conozcan y el contenido del proyecto acorde con su propio reglamento. Si dichas

comisiones no se hubieren creado o integrado, los informes se rendirán por las Comisiones Accidentales que la Mesa Directiva nombre para tal efecto.

Todo concejal deberá hacer parte de una comisión permanente y en ningún caso podrán pertenecer a dos o más comisiones permanentes...

ARTÍCULO 31.-Reglamento. Los concejos expedirán un reglamento interno para su funcionamiento en el cual se incluyan, entre otras, las normas referentes a las comisiones, a la actuación de los concejales y la validez de las convocatorias y de las sesiones."

CONCLUSIÓN SEGUNDO INTERROGANTE

De conformidad con lo expuesto, es viable concluir que en el reglamento interno que adopte el concejo municipal se deberá contemplar la forma como los concejales integrarán comisiones de la corporación, ahora bien, en el caso que un concejal decida demandar el acto que lo designó en una comisión, deberá ser un Juez de la República quien se pronuncie frente al particular.

Finalmente, es preciso señalar que en el evento que requiera mayor información sobre el tema objeto de la presente consulta, se sugiere respetuosamente que se dirija directamente a la Dirección para la Democracia, la Participación Ciudadana y la Acción Comunal del Ministerio del Interior, competente para pronunciarse frente al particular.

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

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Modificado por el Decreto 3715 de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 47.854 de 6 de octubre de 2010, 'Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública, Modificado por el Decreto 264 de 2007, publicado en el Diario Oficial No. 46.528 de 31 de enero de 2007, 'Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública'

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

3 "por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios"

*Ver sentencias del 19 de marzo y 4 de junio de 1996, Expedientes [AC-3300](#) y AC- 3549.

Harold Herreño/ JFCA/GCJ-601

600.4.8