



Concepto 24531 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000024531

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000024531

Fecha: 01-02-2019 11:13 am

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Anotaciones frente a la figura de conflicto de intereses de los concejales. RAD. 20182060349422 del 19 de diciembre de 2018. Comunicación radicada en el Ministerio de Justicia y del Derecho del 7 de diciembre de 2018 No. EXT18-0056425.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por el Ministerio de Justicia y del Derecho, en la cual consulta "1). Legalmente Existe Diferencia entre un Impedimento y un conflicto de intereses a servidor público en relación a la aplicación del artículo 11 Ley 1437 de 2011. 2). De ser diferente en su aplicación el impedimento a un conflicto de intereses, pregunto: como y cual autoridad determinaría el impedimento cuando son integrantes de una corporación pública (concejo)"; me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 1437 de 2011, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" señala frente a la figura de conflicto de intereses y los impedimentos y recusaciones 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:

1. 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.

3. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto.

4. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público.

5. 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.

6. 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.

7. 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.

8. 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.

10. 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.

11. 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.

12. 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.

14. 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.

15. 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.

16. 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 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."

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 favoreza 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 predican de la generalidad.

Ahora bien, frente a las causales de conflicto de intereses en las que puede incurrir un concejal por las cuales deba declararse impedido ante la corporación, la Ley 136 de 1994¹ señala:

"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."

Así las cosas, cuando para los concejales exista interés directo en determinada 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 ante la corporación.

Cabe recordar que conforme al artículo 48 de la Ley 617 de 2000², es causal de perdida de investidura para los concejales la violación al régimen de conflicto de intereses:

"ARTICULO 48. PERDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS, CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general."

Al respecto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia con radicado No. 76001 2331 000 2006 00737 01 y ponencia del Consejero Ponente Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta señaló:

En este caso, como se ha dicho, el demandado se declaró impedido, en términos que conviene traer a colación, a saber:

Ante el requerimiento que un concejal le hizo a quienes tuvieren intereses que los colocaran en conflicto de intereses frente al trámite en esa sesión del proyecto de acuerdo contentivo del PBOT, el encausado dijo:

"(...) yo si quiero comentarles que cuando se abrió a primer debate la discusión dejé la constancia de estar impedido, y ahora que llega el segundo debate [...] ratifico mi impedimento para votar y participar en la discusión del proyecto de acuerdo, por el cual se adopta el Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Candelaria (...)"

Al final de la sesión, a solicitud del Presidente, el Secretario leyó entre otras la siguiente constancia:

"Yo, JORGE LONDOÑO HOLGUÍN (...) dejo constancia de que me declaro impedido para votar y participar en la discusión del proyecto de acuerdo, POR EL CUAL SE ADOPTA EL PLAN BÁSICO DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL DEL MUNICIPIO DE CANDELARIA (...)"

En el acta respectiva no consta pronunciamiento alguno de la corporación edilicia sobre esa manifestación, pero como no aparece negado el impedimento, se puede inferir que le fue aceptado.

Lo que sí consta es que no obstante esa manifestación, el demandado presidió la sesión y como tal dirigió el debate y la votación del proyecto respectivo, concediendo la palabra y, cuando fue el momento, sometiéndolo a votación.

Si bien la jurisprudencia de esta Sala tiene dicho que uno de los supuestos sustanciales para que se genere conflicto de intereses es no manifestar el impedimento por situación personal o familiar en el trámite del asunto, ello no significa que la sola manifestación impide que se incurra en el mismo, pues este supuesto ha de entenderse en toda su implicación jurídica, la cual es sabido que cuando el impedimento es aceptado, el impedido queda separado de toda intervención o ingerencia en el diligenciamiento del asunto, en este caso en el debate y votación del proyecto de acuerdo en comento.

Al respecto, la circunstancia de tomar parte en la sesión correspondiente como miembro de la reunión, sea de comisión o de plenaria, así no se manifieste opinión alguna sobre el proyecto de que se trate, es una forma de participar en el debate, pues no sólo participa en él quien tome la palabra para defender o cuestionar el proyecto o propuesta en discusión, sino quien frente al mismo asume cualquier posición, activa o pasiva. No dar opinión es una forma de intervenir en el debate si de todas formas se está presente como miembro y participe de la reunión, ya que con su integración a la reunión está ayudando a conformarla.

Así lo ha precisado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 11 de marzo de 2003¹², al considerar que "El artículo 116 de la Ley 5^a de 1992 prevé que el quórum es el número mínimo de miembros asistentes que se requieren en las corporaciones legislativas para poder deliberar o decidir. En consecuencia, el primer paso para que pueda llevarse a cabo una sesión es la presencia de sus miembros, pues sin ella, o no se puede deliberar o no se puede decidir, lo que significa que la asistencia es presupuesto sine qua non de la validez de la deliberación o de la decisión y, desde luego, es una forma de participar en el trámite de los asuntos sometidos a consideración de la corporación"

De allí que en esa sentencia concluyera que "dicha participación con la cual se contribuye a la conformación del quórum y, por ende, a la adopción de la decisión, bien puede considerarse como una participación suficiente para configurar la causal en estudio. La configuración de la causal de pérdida de investidura invocada en la demanda no solo se presenta cuando el congresista asiste o interviene en las distintas votaciones a través de las cuales se aprueba el proyecto para convertirlo en ley, sino que, conforme se establece claramente en los artículos 286 de la Ley 5^a de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994 basta al efecto la sola participación en los debates. La regulación legal en tal sentido resulta incontrovertible en ese aspecto (...)".

Si esa es la implicación de la circunstancia de hacer parte de la sesión correspondiente, con mucha más razón debe serlo la del hecho de presidir esa sesión, toda vez que así se tiene control sobre el desarrollo de la misma, por ende de los debates y de las votaciones que en ella se hagan, como en efecto aparece en el acta de la sesión extraordinaria en comento de 29 de diciembre de 2005, en la cual el demandado cumplió su función de manera atenta y activa como le correspondía encausando el debate y manteniendo el curso de la reunión hacia su objeto, dar el segundo debate al proyecto de acuerdo de adopción del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de candelaria.

De modo que aunque no expresó su opinión sobre el proyecto ni depositó su voto sobre el mismo, sí participó en su debate y votación de manera activa, como quiera que fue quien los dirigió y, como el mismo lo expresa en el acta, coordinó.

De suerte que cabe concluir que tuvo ocurrencia el supuesto bajo examen, esto es, el de participar en el debate y votación, dirigiendo tales actuaciones, ya que el impedimento manifestado por el demandado y presuntamente aceptado por la plenaria no se hizo efectivo, como lo implica la causal, pues de no ser así ésta quedaría sin eficacia alguna, y reducida a una mera formalidad.

Precisado lo anterior, es menester verificar el supuesto del interés personal del demandado en el asunto debatido y aprobado, el cual es evidente que se da por virtud de su condición de urbanizador, al parecer de hecho, en el municipio donde es concejal, pues por esa condición resulta afectado de manera directa y especial por el acuerdo adoptado, como quiera que dentro de sus regulaciones naturales o inherentes al mismo están las relacionadas con el uso del suelo y desarrollo urbanístico del municipio, que en este caso están contenidas, entre otros, en los artículos 350 y siguientes (Capítulo III del Título IV) del acuerdo, que se ocupa de las obligaciones del urbanizador y/o constructor.

Teniendo en cuenta lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica un concejal deberá declararse impedido ante la corporación cuando considere que existe interés directo en determinada decisión porque le afecta 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.

Finalmente, debe tener en cuenta que de conformidad con el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene por objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación y, por lo tanto, no tiene competencia para pronunciarse sobre la naturaleza de un contrato de mandato.

En caso de que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link "Gestor Normativo": <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

DCastellanos/JFCA/GCJ

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.
 2. Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.
-

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:21:42