



Función Pública

Concepto 393121 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000393121

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000393121

Fecha: 12/08/2020 04:09:36 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Conflicto de Intereses. Miembro de Junta Directiva. RAD. 20202060320902 del 21 de julio de 2020.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, en la cual consulta:

"1. ¿Cuál es el órgano o autoridad competente para conocer y resolver los impedimentos y recusaciones que se lleguen a presentar o formular contra los particulares que forman parte del Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Tierras? ¿Es acaso el Ministerio de Agricultura como entidad cabeza del sector administrativo agropecuario? ¿Es la Procuraduría General de la Nación por ser la ANT una entidad del orden nacional? ¿Podría ser el mismo Consejo Directivo, en caso de que el órgano así lo disponga en su reglamento interno?"

2. ¿Existe en el ordenamiento administrativo un procedimiento reglado, de aplicación forzosa, para la decisión de los impedimentos y recusaciones que afecten a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas del orden nacional? ¿se aplica lo establecido en el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011? En caso afirmativo ¿ese procedimiento es aplicable a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos que tienen la condición de particulares facultados transitoriamente para ejercer funciones públicas? De ser así ¿Cómo se ajusta el uso de esas reglas -ciertamente pensadas para tramitar los impedimentos y recusaciones de funcionarios individualmente considerados- para atender los casos al interior de cuerpos colegiados?"

3. ¿Puede el Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Tierras, en ejercicio del poder de autonormación conferido por el artículo 9° del Decreto-Ley 2363 de 2015, establecer reglas en materia de trámite y competencia para atender y resolver los 2 impedimentos y recusaciones que lleguen a surgir respecto de sus miembros?"

Al respecto, me permito informarle lo siguiente:

1.- Para proceder con su consulta, es necesario precisar lo siguiente respecto de los particulares que ejercen funciones públicas; al respecto, la Constitución Política dispone:

“ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

(...)

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

“(...)” (Subrayado fuera de texto).

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

“ARTICULO 210. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.

Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.”
(Subrayado fuera de texto).

De acuerdo a los mandatos constitucionales en cita, es dable inferir que los particulares pueden desempeñar funciones públicas, en las condiciones que regule la ley; y por ello, están sujetos a los límites, condiciones y demás reglas que señale la Ley y la Constitución Política para los servidores públicos, como son el régimen de inhabilidad, incompatibilidades y conflictos de intereses, justamente en garantía de los intereses del Estado.

En efecto, dispuso la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 2003, con ponencia del Magistrado Dr. ALVARO TAFUR GALVIS, estableció:

“(…)”

Ahora bien, la responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado no corresponde solamente a los servidores públicos en el Estado social de Derecho. Los particulares asumen en él una serie de obligaciones y de tareas que antes cumplían de manera exclusiva y en ocasiones excluyente las autoridades estatales. Así, la Carta señala que sectores tan importantes como la salud (art. 49 C.P.), la seguridad social (art. 48 C.P.), la educación (art. 67 C.P.), la ciencia y la tecnología (art. 71 C.P.), la protección especial de la personas de la tercera edad (art. 46 C.P.), de los niños (art. 44 C.P.) y de los discapacitados (art. 47 C.P.), no son responsabilidad única del Estado, sino que la familia, la sociedad y los propios interesados deben también contribuir a su desarrollo.

(...)

En ese marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución establece la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas. Así, el artículo 123 señala que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, al tiempo que el artículo 210 constitucional señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

Tomando en cuenta estos preceptos, la Corte ha aceptado que como expresión autentica del principio de participación, los particulares sean encargados del ejercicio directo de funciones públicas, sean ellas judiciales o administrativas, así como que participen en actividades de gestión de esta misma índole.

(...)

Ahora bien, como ha señalado esta Corporación, la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su estatus de particulares ni los convierte por ese hecho en servidores públicos¹; sin embargo, es natural que el ejercicio de dichas funciones públicas implique un incremento de los compromisos que estos adquieren con el Estado y con la sociedad.

Así, en tanto que titulares de funciones públicas, los particulares a los cuales estas se han asignado asumen las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ello comporta en materia penal, disciplinaria, fiscal o civil²

Al respecto la Corte ha precisado que a los particulares a quienes se ha asignado el ejercicio de funciones administrativas se aplican en relación con el cumplimiento de éstas el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos; de la misma manera sobre sus actuaciones pesa además del control especial ejercido por la autoridad titular de la función, el control de legalidad y el control fiscal en los términos del artículo 267 de la Constitución Política

-

Ha dicho la Corte:

“8. De otra parte, la Corte encuentra necesario recordar que para garantizar la vigencia de los principios superiores que gobiernan el ejercicio de la función pública (Art. 209 de la Carta), el régimen de inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, resulta también extensivo a los particulares que vayan a ejercer funciones administrativas, como expresamente lo indica el artículo 113 de la Ley 489 de 1998, de la cual forman parte las disposiciones ahora bajo examen. Dicha norma literalmente indica lo siguiente:

“Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargados del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida.

“Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado.”

De manera general, corresponde pues al legislador señalar el régimen de incompatibilidades e inhabilidades para los particulares que vayan a desempeñar funciones públicas, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 123 y 210 de la Constitución Política.

9. De otro lado, aparte del control especial ejercido por la autoridad titular de la función, el control general al que se somete la actividad administrativa pesa igualmente, en todas sus modalidades, sobre el ejercicio de funciones administrativas por parte de los particulares; en especial el control de legalidad y el control fiscal en los términos del artículo 267 de la Constitución Política. A esta realidad se refieren los incisos 2° y 3° del artículo 110 bajo examen, que por este aspecto se ajustan también a las prescripciones de la Carta.”³

Por consiguiente, a los particulares a quienes se ha asignado el ejercicio de funciones administrativas se aplican en relación con el cumplimiento de éstas el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y demás regímenes de responsabilidad de los servidores públicos; correspondiendo así al legislador disponer los que le sean aplicables.

Atendiendo el mandato anterior, el Decreto Ley 2363 de 2015⁴ estableció con relación a los miembros del Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Tierras lo siguiente:

“ARTÍCULO 8. CONSEJO DIRECTIVO. El Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Tierras estará integrado por los siguientes miembros:

1. El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, quien preside.

2. El Ministro del Interior.
3. El Ministro de Justicia y del Derecho.
4. El Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
5. Un delegado del Presidente de la República
6. El Director del Departamento Nacional de Planeación.
7. El Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.
8. Un delegado de las comunidades indígenas.
9. Un delegado de comunidades negras.
10. Un delegado de las comunidades campesinas.
11. Un delegado de los gremios agropecuarios.

(...)

PARÁGRAFO 3. Los delegados de las comunidades negras, indígenas y campesinas, y el delegado de los gremios del sector agropecuario ante el Consejo Directivo del Incoder, continuarán desempeñando sus funciones como miembros del Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Tierras, hasta la culminación de sus respectivos periodos. Las elecciones de los siguientes delegados continuarán rigiéndose por las normas previstas en el Título 8 de la Parte 14 del Libro 2 del Decreto 1071 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural.

PARÁGRAFO 4. A los miembros del Consejo Directivo se les aplicará el régimen de inhabilidades e incompatibilidades señalado en el Decreto-ley 128 de 1976 y en las normas que lo modifiquen, adicionen o complementen."

Como se observa, a los miembros del Consejo Directivo les aplica el régimen de inhabilidades e incompatibilidades señaladas en el Decreto-ley 128 de 1976 y en las normas que lo modifiquen, adicionen o complementen.

Asimismo, es pertinente recordar que la Ley 734 de 2002⁵ consideró aplicable el régimen disciplinario a los particulares que ejercen funciones públicas en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 25. DESTINATARIOS DE LA LEY DISCIPLINARIA. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código.

(...)"

"ARTÍCULO 52. NORMAS APLICABLES. El régimen disciplinario para los particulares comprende la determinación de los sujetos disciplinables, las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, y el catálogo especial de faltas imputables a los mismos."

"ARTÍCULO 53. SUJETOS DISCIPLINABLES. (Artículo modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011) El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida

actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.” (Subrayado fuera de texto).

“ARTÍCULO 54. INHABILIDADES, IMPEDIMENTOS, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTO DE INTERESES. Constituyen inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y violación al régimen de conflicto de intereses, para los particulares que ejerzan funciones públicas, las siguientes:

1. Las derivadas de sentencias o fallos judiciales o disciplinarios de suspensión o exclusión del ejercicio de su profesión.
2. Las contempladas en los artículos 80. de la Ley 80 de 1993 y 113 de la Ley 489 de 1998⁶, o en las normas que los modifiquen o complementen.
3. Las contempladas en los artículos 37 y 38 de esta ley.

Las previstas en la Constitución, la ley y decretos, referidas a la función pública que el particular deba cumplir.” (Subrayado fuera de texto).

Se entiende entonces que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

En tal sentido, a los particulares que ejercen funciones públicas, como son los miembros particulares de las juntas directivas de las entidades descentralizadas, así por este hecho no adquieran la calidad de empleados públicos⁷, les son aplicables las inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses dispuestos para los servidores públicos.

2.- Ahora bien, la Ley 1437 de 2011⁸, dispone 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, entre otros; 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 la persona que directamente considere que el ejercicio de sus funciones puede acarrear un provecho particular, caso en el cual deberá declararse impedido, como por la persona externa que presente la recusación en contra del mismo.

Para los efectos del impedimento, el interesado deberá enviar 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 respectiva autoridad 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.

Por su parte, la Ley 734 de 2002⁹ establece:

"ARTÍCULO 40. CONFLICTO DE INTERESES. (Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible) 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 declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-029-09 de 28 de enero de 2009, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, '... en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo).

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 titular de la función pública, 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 titular de la función pública, con su accionar haga prevalecer su interés personal o familiar sobre el general, buscando acabar con las ventajas particulares distintas a las que se deben predicar de la generalidad.

Cabe anotar que el conflicto de intereses, 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 de los sujetos y hacer inanes los alcances de la ley.

Por consiguiente, respondiendo a los interrogantes 1 y 2 de su cuestionario, en criterio de esta Dirección Jurídica, la persona titular de la función pública, en caso de impedimento, deberá enviar, dentro de los tres (3) días siguientes del conocimiento del actuación o circunstancia, el impedimento mediante escrito motivado a su superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo; y solo a falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación al tratarse de autoridades nacionales, conforme lo dispone el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011.

3.- En lo que respecta a su tercera pregunta, en tanto si es viable en ejercicio del poder de autonormación conferido por el artículo 9° del Decreto-Ley 2363 de 2015, establecer reglas en materia de trámite y competencia para atender y resolver los impedimentos y recusaciones que lleguen a surgir respecto de sus miembros, me permito recordar 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 Constitución y en Ley.

Al respecto, consideró la Corte Constitucional en Sentencia C-1051 de 2004, y ponencia del Magistrado JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, lo siguiente:

“(…)

- Dado que los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas participan en el cumplimiento de la función administrativa, el artículo 209 establece que esa función debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad, los cuales serían desatendidos en los eventos en que el gobernador o el alcalde designara a su cónyuge o compañera permanente como miembro de la junta directiva que él mismo preside.¹⁰

- Pero, además de la fuerza vinculante de los anteriores mandatos constitucionales, para el asunto específico existe una disposición superior que expresamente asigna al legislador la facultad para establecer el régimen de las entidades descentralizadas, el cual comprende lo inherente a la organización y actuación de los órganos de dirección y administración, entre ellos las juntas y consejos directivos. Se trata del artículo 210, en cuyo inciso final dispone que “La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes”.

Es decir que, por mandato constitucional expreso, el régimen jurídico de las entidades descentralizadas por servicios hace parte de la facultad de configuración legislativa que reconoce la Constitución Política, en la cual está inmersa la autonomía propia de todo ente descentralizado. Fue voluntad del constituyente que el régimen de las entidades descentralizadas fuera establecido por el legislador.¹¹

Entonces, si bien el artículo 292 de la Constitución consagra algunas prohibiciones para los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas del orden territorial, ello no permite concluir, como lo hace el demandante, que esa disposición excluya cualquier otra regulación constitucional o legislativa referente a la conformación de tales órganos de dirección en las entidades descentralizadas. Como se

mencionó, existen otras disposiciones que expresamente remiten al legislador la determinación del régimen de las entidades descentralizadas y en él, naturalmente, está incluido lo referente a la conformación de su junta o consejo directivo. Con interpretaciones como la propuesta por el accionante se ignora la existencia de otros principios superiores que también deben ser considerados en el orden territorial y que impiden la designación de cónyuges o compañeros permanentes o que expresamente asignan al legislador la facultad para establecer el régimen jurídico de las entidades descentralizadas. La visión exegética que el demandante asume frente a la Constitución Política, además de ser parcial, le impide apreciar otros textos que explícitamente constituyen el fundamento de la ley acusada.” (Subrayado fuera de texto).

Así pues, el régimen de inhabilidades, incompatibilidad, conflictos de intereses y demás prohibiciones y requisitos para el acceso, ejercicio y permanencia de un empleo público o ejercicio de una función pública, se encuentra regulado en la Constitución Política, y en la Ley, en este último como parte de la facultad de configuración legislativa que reconoce la norma suprema.

Facultad, que tiene reserva de ley, según lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C-098 de 2019, con ponencia de ALBERTO ROJAS RÍOS, al determinar:

“10. En lo relativo a la competencia que se asigna al Congreso para expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas, esta corporación ha destacado que las mismas deben respetar el interés general y, además, concretar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. En relación con este tema, en Sentencia C-109 de 2002¹² se determinó que “corresponde al Congreso determinar mediante ley las calidades y requisitos para desempeñar los cargos públicos - salvo aquellos casos en los que el Constituyente ha señalado expresamente los atributos que deben reunir los aspirantes -, sea cual fuere la forma de vinculación, esto es, de carrera, de elección popular, de libre nombramiento y remoción, o contractual” y que el legislador al definir tales condiciones debe respetar la Constitución y la ley de manera que no puede establecer exigencias irrazonables o desproporcionadas que impidan materialmente el ejercicio del derecho de acceso a cargos públicos.

11. En esa misma determinación se refirió que la función administrativa, dada su naturaleza y finalidad, tal como lo dispone el artículo 209 superior, así como al cumplimiento de los fines del Estado, como lo establece el precepto 2° constitucional, tiene como norte garantizar una prestación eficiente a todos los ciudadanos, asegurar su bienestar general y, por esa vía mejorar su calidad de vida, de allí que la ley sea “el instrumento jurídico idóneo para consolidar la estructura de la administración, determinando la existencia, fusión o supresión de los diferentes empleos, las funciones correspondientes, los mecanismos para garantizar el respeto a los principios aludidos y la observancia de los límites de la administración, los cuales están determinados por los derechos constitucionales de las personas y de los funcionarios”.

12. Previo a ello, en sentencia C-830 de 2001¹³ al definir sobre la competencia del legislador para regular la función pública y por consiguiente para expedir el régimen personal de los empleados del Congreso de la República, la Corte señaló que la reseñada función comprende la determinación de reglas básicas que rigen la relación de subordinación del servidor público con el Estado y destacó que, por razón de lo dispuesto en el Capítulo V Título II de la Constitución Política corresponde al legislador “regular la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva ... igualmente consagrar algunas prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades para ejercer cargos públicos”.

13. La Sala Plena al responder el interrogante sobre ¿a quien corresponde regular el ejercicio de las funciones públicas? fue enfática en que, por razón de lo dispuesto en el artículo 150.23 superior esto es competencia del legislador y esto lo estimó en consonancia con el precepto 123 de la misma Constitución, según el cual “los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento” y por ello debe entenderse que es el Congreso quien tiene la potestad determinar las “exigencias, condiciones, calidades que deben reunir las personas que deseen ingresar al servicio del Estado, como también los deberes, prohibiciones, situaciones administrativas, inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos y responsabilidades a que están sujetos, la forma de proveer los empleos, en fin, todos aquellos aspectos relacionados con el régimen de personal de los empleos de las distintas entidades públicas.

(...)

La competencia constitucional de los Concejos

22. De acuerdo con el artículo 313 superior los Concejos tienen la facultad de reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio, así mismo pueden determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias, escalas de remuneración de acuerdo con las distintas categorías de los empleos, también pueden crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales o sociedades de economía mixta.

23. Lo anterior da cuenta que la propia Constitución es la que asigna en cabeza de los referidos Concejos tales potestades. Asimismo, el artículo 322 superior también prevé que los Concejos Distritales, a partir de las normas generales, dividan el territorio, a iniciativa del alcalde y, de acuerdo con las características sociales de los habitantes cuenta con la facultad para realizar el reparto de competencias y de funciones administrativas.

24. Sobre tal aspecto esta Corte, en Sentencia C-738 de 2001, diferenció la función legislativa, de la administrativa y, en punto a los concejos municipales, destacó que estos en momento alguno pueden dictar normas que modifiquen el régimen del Congreso, dado que la jerarquía normativa deriva de la Constitución y luego de la ley. En todo caso allí se explicó que “en las materias relacionadas con el ejercicio de las funciones autónomas de los entes territoriales, se deba aplicar en forma estricta un sistema jerárquico de fuentes de derecho, de manera tal que, por el solo hecho de expedir actos en ejercicio de función administrativa (y no legislativa), los entes territoriales estén, siempre y en todo asunto, sujetos a las regulaciones detalladas que trace el legislador nacional” solo que, de acuerdo con lo explicado en la Sentencia C-579 de 2001 la sinergia entre la autonomía territorial y la nación está garantizada a través de limitaciones recíprocas “en virtud de las cuales ambos reductos cuentan con un mínimo esencial que habilita a las autoridades del respectivo nivel para ejercer ciertas funciones, y regular ciertos temas, en forma exclusiva. Por ello, se reitera, en estas materias la lógica kelseniana pura encuentra un límite, puesto que existen ciertas atribuciones, competencias y asuntos que forman parte del núcleo esencial de la autonomía territorial.

25. Entre otros aspectos, en el texto de la Sentencia C-738 de 2001, la Corte se ocupó de señalar que las entidades territoriales cuentan con una competencia constitucional para regular determinadas materias, sin que se requiera una ley de la república para tales efectos, pero que tienen vedada la regulación de materias propias que se le otorgan al legislador. En todo caso destacó que las referidas entidades territoriales tienen competencias autónomas, entre ellas las que se determinan en el artículo 313 superior que en su primer apartado señala que los concejos municipales están encargados de definir las funciones en el Municipio, así como reglamentar la prestación de los servicios públicos a su cargo. Así en tal sentencia se indicó que “La función reglamentaria que allí se consagra es una de las atribuciones normativas propias de los concejos, que forman parte del reducto esencial de la autonomía territorial y, por lo mismo, no requieren para su desarrollo de una ley de la república que haya regulado previamente las materias en cuestión.

26. De su contenido también se extrae que esa potestad de reglamentación de los municipios debe ser armónica con lo previsto por el legislador. Es decir que “en ciertos casos, el alcance de la regulación legislativa de la materia es mucho menor, por haberle conferido la Carta a las entidades territoriales, directamente, la función reglamentaria correspondiente, la cual se diferencia de la potestad reglamentaria del Presidente de la República y, por ende, no está restringida por los dictados del legislador. Por lo tanto, en estos casos no se hace necesario que existan con anterioridad regulaciones legales minuciosas, para que las respectivas corporaciones territoriales desarrollen con plenitud tal atribución reglamentaria”. Todo lo cual implica que la reglamentación que haga los concejos debe respetar el ámbito reservado al legislador por la Constitución, sin que ello desconozca el principio de colaboración armónica del precepto 116 superior. Asimismo, deberán tener en cuenta los concejos municipales que, en tanto función administrativa, la atribución que les confiere la norma que se analiza debe ser ejercida en forma razonable y proporcionada, respetando lo dispuesto en el artículo 209 constitucional; y que no se puede interpretar dicha norma en forma tal que se obligue al alcalde a solicitar autorizaciones del concejo en todos los casos en que vaya a contratar, sino únicamente en los que tal corporación disponga, en forma razonable, mediante un reglamento que se atenga a la Carta Política.

(...)

Se viola la cláusula de reserva de ley al facultar a los Concejos Distritales a determinar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Alcaldes Locales

56. Según lo explicado en el apartado pertinente el régimen de inhabilidades e incompatibilidades al que se sujeta el acceso al ejercicio del poder político, tiene por finalidad el respeto de los principios que rigen la función pública los cuales se alterarían de no consagrarse determinadas causales de inelegibilidad que tienen por finalidad, garantizar la democracia. En ese sentido esa materia corresponde definirse a través de ley ordinaria.

57. Así en la jurisprudencia de esta Corte de acuerdo con los artículos 123 y 150.23 de la Constitución se ha explicado que el Congreso cuenta con un margen de discrecionalidad para evaluar y definir el alcance de los hechos, situaciones o actos que puedan dar lugar a la inhabilidad o incompatibilidad, así como su duración y sanciones¹⁴, sujeto a parámetros de proporcionalidad y razonabilidad de manera que no afecte en núcleo de los derechos fundamentales un haga nugatoria su eficacia.

(...)

63. En ese sentido surge patente que el legislador es el único facultado para desarrollar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades o faltas de los servidores públicos, dentro de los que se encuentran los alcaldes locales y que no es posible trasladar esa competencia a ningún otro sujeto por tratarse de reserva de ley, de manera que debe declararse inexecutable la expresión demandada”.

Conforme lo dispone la Corte Constitucional, es viable para las entidades reglamentar las materias que le fueron atribuidas por la Constitución y la ley, en tanto que no invadan otras órbitas de competencia que la propia Carta Política le confía a otros estamentos; y se encuentren en arreglo con las disposiciones de mayor jerarquía y en armonía con las mismas.

Ahora bien, cabe recordar que la Ley 489 de 1998 consagra respecto de las entidades descentralizadas:

“ARTICULO 68. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizadas, sujetas a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.” (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo a lo anterior, las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la Ley 489 de 1998, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y en sus estatutos internos.

Por consiguiente, armonizando las disposiciones constitucionales y legislativas estudiadas en precedencia, la normativa propia de la Agencia Nacional de Tierras y la jurisprudencia decantada anteriormente, esta Dirección Jurídica considera que en virtud de lo establecido en los artículos 123, 209 y 210 de la Constitución Política y la facultad dispuesta por el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 y el Decreto 2363 de 2015, y demás normas concordantes, es viable para el Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Tierras considerar precisiones especiales en materia de impedimentos y recusaciones en el reglamento de la respectiva entidad, siempre y cuando se encuentren en concordancia y armonía con los dispuesto en la Constitución Política y la Ley, se respete el sistema jerárquico de fuentes, no se inmiscuya en las competencias atribuidas a otros estamentos públicos y se atienda exclusivamente al ámbito de competencia otorgado; es decir, en tanto que no contradigan, ni se opongan a lo ya dispuesto por la Constitución Política y la Ley frente a la figura de conflictos de intereses, impedimentos y recusaciones, y demás regulaciones consideradas en la respectiva norma de creación, y no regulen materias que no fueron autorizadas a su competencia o que corresponda a otro organismo público.

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”, 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,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: D. Castellanos

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Ver Sentencias C-286/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
2. Ver Sentencia C-563/98 M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.
3. Sentencia C-866/99 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. S.V. Antonio Barrera Carbonnel, Alfredo Beltrán Sierra y José Gregorio Hernández Galindo.
4. Por el cual se crea la Agencia Nacional de Tierras, (ANT), se fija su objeto y estructura.
5. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.
6. *"ARTICULO 113. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Los representantes legales de las entidades privadas o de quienes hagan sus veces, encargadas del ejercicio de funciones administrativas están sometidos a las prohibiciones e incompatibilidades aplicables a los servidores públicos, en relación con la función conferida.*
Los representantes legales y los miembros de las juntas directivas u órganos de decisión de las personas jurídicas privadas que hayan ejercido funciones administrativas, no podrán ser contratistas ejecutores de las decisiones en cuya regulación y adopción hayan participado."
7. *Parágrafo 2, artículo 3 Decreto 2400 de 1968 "PARÁGRAFO 2º. Las personas a quienes el Gobierno o las corporaciones Públicas confieran su representación en las Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos, La Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su nombramiento y remoción se rigen por las disposiciones especiales relativas a esas entidades.*

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

9. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

10. Para esta Corporación, “Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. Corte Constitucional sentencia C-348/04. En el mismo sentido ver también las Sentencias C-380/97, MP Hernando Herrera Vergara; C-200/01, MP Eduardo Montealegre Lynett y C-1212/01, MP Jaime Araujo Rentería.

11. Según lo ha señalado esta Corporación, “el Legislador tiene un margen de discrecionalidad amplio para regular las inhabilidades e incompatibilidades para acceder a la función pública, dentro de las limitaciones que la propia Carta define. Diferente es la situación del operador jurídico, quien debe interpretar estricta y restrictivamente las causales de inelegibilidad, en tanto y cuanto son excepciones legales al derecho de las personas a acceder a los cargos públicos”. Sentencia C-200/01, MP Eduardo Montealegre Lynett.

12. Esta decisión ha sido reiterada en múltiples providencias en las que se explica y amplía el concepto de función pública y se recaba en la potestad del Congreso de determinar las reglas de acceso y permanencia en su ejercicio. Véanse entre otras las sentencias C-527/17, C-634/15, C-288/14, C-421/12, C-403/10, C-308/07, C-317/07, C-113/07, C-099/07, C-889/06, C-736/06, C-1174/05, C-452/05, C-100/04, C-530/03, C-483/03

13. Esta sentencia se ha reiterado, entre otras, en decisiones C-386/14, SU-712/13, C-172/10, C-753/08, C-211/07, C-1044/05 y T-669/03.

14. Sentencia C-194 de 1995.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:25:50