Función Pública

Concepto 107461 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000107461

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000107461

Fecha: 26/03/2021 01:17:29 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA – INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – Conflicto interés para otorgar licencia ambiental a Miembro de consejo Directivo CAR - RADICADO: 20212060127762 del 9 de marzo y 20212060140122 del 16 de marzo de 2021.

En atención a las comunicaciones de la referencia formulada por usted y remitida a este Departamento Administrativo por parte de la Procuraduría General de la Nación, mediante la cual pone de presente que:

"(...) hacemos consulta sobre el caso específico del Señor OMAR ANTONIO JOJOA CHANTRE identificado con CC 97.471.549 y que ha sido durante 3 períodos y sigue siendo actualmente miembro directivo ante del Consejo Directivo de Corpoamazonía en representación de las ONG Ambientalistas. El mencionado señor Jojoa, es titular del Contrato de Concesión ICQ-08107 ubicado en el Municipio de Orito (Putumayo) y conforme a la normatividad ambiental tramitó su licencia ambiental en la Corporación de su Jurisdicción siendo otorgada mediante RESOLUCIÓN N°. 0761 de 01 de Noviembre del 2012 emitida por DIRECTOR GENERAL de CORPOAMAZONIA, fecha en la cual sustentaba su calidad de MIEMBRO DIRECTIVO y por consiguiente el Director General era su subalterno.

Nuestra consulta es respecto a que si en su calidad de directivo y de mayor jerarquía institucional, no se incurrió en un error de incompatibilidad e inhabilidad al tramitar una licencia ambiental en la misma entidad que él mismo supervisa y administra desde su rol directivo, así mismo donde el Director General quien está sujeto a la aprobación de su actuar gerencial al favorecimiento de los consejeros, no incurrió en aprobar u otorgar una licencia que por sus condiciones debió declararse impedido y remitir el expediente LA-06-86-320-E-001-023-11 a ANLA para fueran ellos quienes otorgarán o negarán la licencia."

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como entre de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, el Decreto 1076 de 2015 Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, señala:

"*ARTÍCULO 2.2.8.4.1.14. Órganos de dirección y administración. Las corporaciones tendrán como órganos principales de dirección y administración la asamblea corporativa, el consejo directivo y el director general, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 24 a 29 de la Ley 99 de 1993.*

"ARTÍCULO 2.2.8.4.1.20. Del director general. El director general es el representante legal de la corporación y su primera autoridad ejecutiva. El director general no es agente de los miembros del consejo directivo y actuará en el nivel regional con autonomía técnica consultando la política nacional. Atenderá las orientaciones y directrices de los entes territoriales, de los representantes de la comunidad y el sector privado que sean dados a través de los órganos de dirección."

"ARTÍCULO 2.2.8.4.1.22. Nombramiento, plan de acción y remoción del director general. El Director General tiene la calidad de empleado público, sujeto al régimen previsto en la Ley 99 de 1993, el presente Decreto y en lo que sea compatible con las disposiciones aplicables a los servidores públicos del orden nacional.

La elección y nombramiento del Director General de las corporaciones por el consejo directivo se efectuará para un período de cuatro (4) años. La elección se efectuará conforme a lo dispuesto en la Ley 99 de 1993 modificada por la Ley 1263 de 2008 o la norma que la modifique o sustituya. El director general de las corporaciones tomará posesión de su cargo ante el presidente del consejo directivo de la corporación, previo el lleno de los requisitos legales exigidos.

(...)

Los actos del director general de una Corporación, sólo son susceptibles del recurso de reposición.

(...)"

(Destacado fuera del texto)

Conforme con lo anterior las corporaciones autónomas tendrán como órganos principales de dirección y administración la asamblea corporativa, el consejo directivo y el director general.

El Director General tiene la calidad de empleado público, es el representante legal de la corporación y su primera autoridad ejecutiva, éste no es agente de los miembros del consejo directivo y actuará en el nivel regional con autonomía técnica consultando la política nacional.

Indica también la norma que al Director General se le aplicará el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la Ley y adicionalmente, se deberán verificar las inhabilidades dispuestas por los estatutos de la respectiva corporación.

Ahora bien, en virtud del numeral 9 del artículo 31 de la Ley 99 del 1993 son funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales, entre otras, otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales requeridas por la Ley para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente.

En consonancia de lo anterior, el artículo 29 de la mencionada ley señala que son funciones de los Directores Generales las señaladas en las leyes, en los reglamentos y en los estatutos respectivos, y entre otras, le compete a dicho servidor, dictar los actos que se requieran para el normal funcionamiento de la entidad. Así las cosas, le corresponde al Director General de la CAR, otorgar las licencias ambientales competencia de dichas corporaciones autónomas.

En este orden de ideas, una vez revisadas las normas aplicables al caso planteado en su consulta, especialmente la Ley 99 de 1993 y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores públicos, no se encontró norma expresa que consagre prohibición alguna para que sea otorgada una licencia ambiental con el lleno de requisitos legales a un miembro de un consejo directivo de una Corporación Autónoma Regional.

No obstante, el interesado deberá verificar si en los respectivos estatutos de la corporación se previó dicha situación como causal de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de interés.

Ahora bien, como quiera que la mencionada licencia fue tramitada y concedida por la misma entidad en la que ejerce como miembro del consejo directivo, lo que pudo haberse presentado sería un eventual conflicto de interés para el Director General de la mencionada corporación.

Sobre el particular, la Ley 734 de 2002 "*por la cual se expide el Código Disciplinario Único*", en los artículos 40 y 48 sobre este mismo tema, establece:

"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 y negrilla fuera del texto)

En el mismo sentido, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo De Estado, en sentencia con Radicación núm.: 44001233100020040068401 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."

La Sección Quinta del Consejo de Estado, con Consejera ponente: Rocío Araújo Oñate mediante sentencia del 4 de marzo de 2021, dispuso:

Marco legal y jurisprudencial de las recusaciones en los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales

El trasfondo de las recusaciones y los impedimentos, es el de asegurar la independencia e imparcialidad de quienes de acuerdo con la ley deben adoptar una decisión y deben separarse del proceso por la configuración de alguna de las causales taxativamente señaladas en la ley. Ello significa que se persigue el ejercicio probo de la función. Por ello, como lo ha manifestado la Sala, los impedimentos y recusaciones se han instituido como una garantía de la imparcialidad de la autoridad, quien dentro de sus competencias tiene potestad de tomar decisiones de naturaleza administrativa, electoral o judicial, pues el ejercicio de tales competencias implica el respeto de los principios de transparencia, imparcialidad y moralidad, como improntas que caracterizan el desempeño de las atribuciones en garantía del interés general que evitan que circunstancias ajenas inclinen de forma ilegítima su decisión.

Sobre la importancia de los principios de imparcialidad y transparencia, que salvaguardan la institución de los impedimentos y las recusaciones, ha indicado la Corte Constitucional:

8. Los impedimentos y las recusaciones son instituciones de naturaleza procedimental, concebidas con el propósito de asegurar principios sustantivos de cara al recto cumplimiento de la función pública (art. 209 CP). Con ellas se pretende garantizar condiciones de imparcialidad y transparencia de quien tiene a su cargo el trámite y decisión de un asunto (art. 29 CP), bajo la convicción de que solo de esta forma puede hacerse realidad el postulado de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 13 CP).

Ambas figuras "están previstas de antiguo en todos los ordenamientos y jurisdicciones[66], aunque con distintos alcances y particularidades"[67]. Como es sabido, el impedimento tiene lugar cuando la autoridad, ex officio, abandona la dirección de un proceso, mientras que la recusación se presenta a instancia de alguno de los sujetos procesales, precisamente ante la negativa del funcionario para sustraerse del conocimiento de un caso[68]. En lo que se refiere concretamente a la recusación, esta parte de la premisa de que lo que se evalúa es "si el interés de quien se acusa de tenerlo es tan fuerte, que despierta en la comunidad una desconfianza objetiva y razonable de que el juez podría no obrar conforme a Derecho por el Derecho mismo, sino por otros intereses personales"[69].

Respetando el carácter autónomo de estas organizaciones medioambientales, de manera reiterada la jurisprudencia de la Sección Quinta, ha indicado que en el trámite de las recusaciones en los consejos directivos, por mandato del artículo 2 de la Ley 1437 de 2011 y ante la falta de norma expresa en sus estatutos, se aplica lo dispuesto en la parte primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su Título I, Capítulo I, artículo 12, que establece el procedimiento para su resolución.

Es así como, el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 determina expresamente que cuando el interés general propio de la función pública entra en conflicto con el interés particular y directo del servidor público o de quien ejerza transitoriamente dicha función, este debe declararse impedido para adelantar o sustanciar las actuaciones administrativas respectivas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas. Así mismo, establece la posibilidad que en caso de no manifestar su intención de separarse del asunto, pueda ser recusado.

En igual sentido, el procedimiento previsto para los impedimentos y recusaciones, consagrado en el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011, refleja un rito específico que, entre otras cosas, vela de manera clara por la salvaguarda de la imparcialidad e independencia de la que toda actuación administrativa debe dotarse y, en tal virtud, define que estas se "*suspenderá[n] desde (...) la presentación de la recusación, hasta cuando se decida", una vez el recusado manifieste "si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación";* es decir, se garantiza que la actuación no pueda continuar, hasta tanto se hayan definido de fondo las alegaciones relacionadas con las posibles causales de impedimento o recusación.

Esto último quiere decir, que la actuación administrativa esto es, los trámites faltantes para adoptar la decisión de fondo deberán suspenderse hasta tanto se resuelva la necesidad o no de separar del proceso a quien tiene la capacidad de decidir sobre éste.

Como se señaló anteriormente, quien se encuentra en una causal de impedimento o recusación, es separado del proceso para imprimirle transparencia a la actuación y dotarla de imparcialidad. En razón de estos principios, quien resulta recusado no puede más que separarse de cualquier asunto relativo a la sustanciación de las actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas

Teniendo en cuenta que la ley adjetiva, ordenó a quien se encuentre recusado o impedido el deber de separarse de la actuación administrativa y el único derecho que le asiste es pronunciarse sobre la recusación, lo cual implica que no puede participar en la decisión o trámite de los impedimentos y recusaciones de personas que se encuentren en su misma situación, toda vez que, resulta innegable, que dicha decisión se adopta al interior de la actuación que proscribe su participación, por virtud de la norma establecida.

Así las cosas, resulta categórica la prohibición que un recusado participe de la decisión de otra recusación, pues su actuar se encuentra suspendido hasta que se le resuelva su situación, dado que no puede realizar actuación alguna dentro del proceso, del cual se le ha pedido sea apartado.

(...)

(Destacado fuera del texto)

De las anteriores disposiciones legales y jurisprudenciales se tiene entonces que, el servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, deberá declararse impedido cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo con este último, so pena de ser recusado.

Según la jurisprudencia, el objeto de las recusaciones y los impedimentos es precisamente asegurar la independencia e imparcialidad de quienes deben adoptar una decisión y deben separarse del proceso por la configuración de alguna de las causales taxativamente señaladas en la ley. La declaración de impedimento busca salvaguardar los principios de transparencia, imparcialidad y moralidad que caracterizan el desempeño de las atribuciones en garantía del interés general que evitan que circunstancias ajenas inclinen de forma ilegítima su decisión.

Así las cosas, para el presente caso se deberá revisar, si la situación descrita en su consulta, es considerada una situación enmarcada dentro de las causales de conflicto de interés consagradas en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002 y en los artículos 11 y subsiguientes de la Ley 1437 de 2011, para determinar con ello si era procedente o no que quien la concedió, esto es el Director General de CORPOAMAZONÍA, se declarar impedido para otorgarla, toda vez que su imparcialidad podría haberse afectado al ser el solicitante, un miembro del consejo directivo de la misma corporación de la cual, él es representante legal.

Se recuerda que en el evento de encontrar un conflicto bien podía acudirse en lo indicado por el inciso segundo del parágrafo 4° del artículo 2.2.2.3.2.3 del Decreto 1076 de 2015, el cual señala que, cuando las autoridades ambientales manifiesten conflicto para el otorgamiento de una licencia ambiental, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible podrá asumir la competencia del licenciamiento ambiental del proyecto, en virtud de lo dispuesto en el numeral 31 del artículo 5º de ley 99 de 1993.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

[1] Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones.

2. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 1 de febrero de 2018. Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00083-00. M.P. Rocío Araújo Oñate.

3. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Auto de 2 de abril de 2020. Exp. 11001-03-28-000-2020-00040-00. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

4. Corte Constitucional. Sentencia C - 532 de 2015. 19 de agosto de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

5. Consejo de Estado – Sección Quinta. Exp. 11001-03-28-000-2016-0008-00, Fallo de 26 de junio de 2016, M.P. Alberto Yepes Barreiro. Consejo de Estado – Sección Quinta. Exp. 2015-0054-00, Sentencia de 04 de agosto de 2016. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Consejo de Estado – Sección Quinta. Exp. 11001-03-28-000-2016-0008-00, Fallo de 26 de junio de 2016, M.P. Alberto Yepes Barreiro. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta, Auto de 9 de marzo de 2017 Rad 2017-0007-00. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez (E). Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. No. 2016-00088-00, C.P. Rocío Araújo Oñate. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Auto de 20 de agosto de 2020. Radicación número: 11001-03-28-000-2020-00001-00. M.P. Rocío Araujo Oñate. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Auto de 19 de marzo de 2020. Radicación número: 11001-03-28-000-2020-00025-00. M.P. Luis Alberto Álvarez Parra. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Auto de 20 de agosto de 2020. Radicación número: 11001-03-28-000-2019-00061-00. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

6. Artículo 12 de la Ley 1437 de 2011: 1. Presentado el escrito de recusación, la actuación administrativa se suspende hasta cuando la recusación sea resuelta. Con la suspensión del procedimiento administrativo, se busca que la recusación sea resuelta antes de que el funcionario recusado participe en la actuación correspondiente, en este caso, votar en la elección del director general.

En este punto debe tenerse en cuenta que si bien la norma no establece que la suspensión deba decretarse a través de una providencia o actuación determinada, lo cierto es que el funcionario recusado no puede ejercer sus competencias, bien sea adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas, hasta tanto la recusación sea resuelta.

2. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la formulación de la recusación, el servidor recusado debe manifestar si acepta o no la causal invocada.

3. Surtido el trámite anterior, la autoridad competente debe decidir de plano la recusación dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo, esto es, sin acudir a trámites o procedimientos adicionales.

Finalmente esta norma establece que la autoridad competente para decidir es el superior jerárquico del recusado, si no lo tuviere, lo será la cabeza del respectivo sector administrativo y, a falta de los anteriores, el Procurador General o Regional, según el caso."

7. Artículo 11 de la Ley 1437 de 2011.

8. «Por la cual se expide el Código Disciplinario Único»

9. Ley 99 de 1993:

ARTÍCULO 5. FUNCIONES DEL MINISTERIO. Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente:

(...)

31) Dirimir las discrepancias entre entidades integrantes del Sistema Nacional Ambiental, que susciten con motivo del ejercicio de funciones y establecer criterios o adoptar decisiones cuando surjan conflictos entre ellas en relación con la aplicación de las normas o con las políticas relacionadas con el uso, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales renovables o del medio ambiente;

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 08:32:11