



Radicado ANM No: 20181200267111

Bogotá, 14-08-2018 16:18 PM

Señor

**OMAR CARREÑO**

Dirección: Calle 65 C sur #11-50 Torre 4, numero 303

País: Colombia

Ciudad: Bogotá D.C

**Asunto:** Solicitud de concepto jurídico sobre posible configuración de conflicto a quien actúa como funcionario de la Agencia Nacional de Minería y solicitante de un título minero. Radicado número 2018500537222 del 10 de julio de 2018.

Cordial saludo,

Hemos recibido su petición presentada en el cual solicita concepto jurídico sobre la viabilidad de que un solicitante de un título minero pueda ocupar el puesto de Coordinador de un Punto de Atención Regional PAR de la AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA, y las posibles consecuencias jurídicas – disciplinarias y penales – en los casos en que la solicitud corresponda a la jurisdicción del Punto de Atención Regional.

Con el fin de dar respuesta a las inquietudes por usted planteadas, haremos las siguientes precisiones:

#### **1. INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTOS DE INTERÉS**

La Constitución Política prescribe que la posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos es una manifestación del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político como derecho fundamental de aplicación inmediata, consagrado en los artículos 40 y 85 de la Constitución Política. Sin embargo, este derecho no es absoluto por cuanto el legislador tiene la potestad de establecer condiciones para su ejercicio en aras de la realización del interés general y de los principios que gobiernan el cumplimiento de la función pública.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que la función pública comporta "*el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de*



Radicado ANM No: 20181200267111

desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines",<sup>1</sup> para lo cual se requiere asegurar que quien la ejerza cumpla unos parámetros mínimos de conducta en los que predominen los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, conforme lo exige el artículo 209 de la Constitución Política.

Con este fin, la Corte ha señalado que las inhabilidades son "...aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada para un cargo público y, en ciertos casos, impiden que la persona que ya viene vinculada al servicio público continúe en él; y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos".<sup>2</sup>

Por su parte la doctrina es unánime en afirmar que la incompatibilidad es "la imposibilidad que el funcionario o servidor público ejerza simultáneamente otro cargo, función o actividad que desvirtúen su mandato comprometiendo su independencia"<sup>3</sup>. La Corte Constitucional en la Sentencia C-194 de 1995 estableció con relación a las incompatibilidades del alcalde que:

*"El artículo 293 de la Constitución indica con claridad que, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales".*

*Igualmente establece que, "En el ámbito municipal, se hace necesario que quienes tienen a su cargo la administración pública y la representación de los intereses generales de la localidad se dediquen íntegramente a la gestión que han asumido y, además, no puedan valerse de las posiciones que ocupan para derivar ventajas o beneficios particulares, razones que justifican el señalamiento de incompatibilidades, es decir, de aquellas gestiones o actividades que no pueden ejercerse de manera simultánea con el desempeño del cargo" (Negrilla y subrayas añadidas).*

<sup>1</sup> Sentencias C-631 de 1996 y C-564 de 1997.

<sup>2</sup> Sentencia C-612 de 2013.

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, "Artículo 70.1 Causas de inelegibilidad e incompatibilidad y control judicial de las actas electorales", en: *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, tomo VI, 1989, p. 235.



Radicado ANM No: 20181200267111

La sentencia C- 893 de 2003, señaló:

4.4. Dentro de este contexto, el legislador estableció que los servidores públicos están sometidos a un régimen especial de incompatibilidades, inhabilidades, y prohibiciones; entendiéndose como incompatibilidades la situación de choque o exclusión creada por el ejercicio simultáneo de funciones públicas o privadas, con lo cual se lesionan los principios de moralidad, la convivencia pacífica, la igualdad y la transparencia.

Inhabilidad, como aquel límite razonable a los intereses particulares de los servidores públicos, o, cuando ciertas actuaciones privadas no pueden adelantarse ante uno o varios sectores del Estado, por haber servido en ellas y esto, para evitar el tráfico de influencias o el aprovechamiento privado de posiciones oficiales que desempeñaron en el pasado inmediato; y por último, prohibición como una obligación de no hacer, con la finalidad de garantizar el interés general frente a los intereses de los particulares, en relación con quienes están o han estado al servicio del Estado.

Existen ciertas inhabilidades e incompatibilidades que tienen su fuente en la propia Constitución Política como las aplicables a los Congresistas, consagrados en los artículos 179, 180 y 181 y algunas que se predicán de la generalidad de los servidores públicos, como las previstas en los artículos 127 128 y 129, que establecen:

**ARTICULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.**

A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.



Radicado ANM No: 20181200267111

*Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.*

*La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta*

**ARTICULO 128.** *Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.*

*Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.*

De lo antes expuesto, se puede concluir que el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos es una manifestación del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político como derecho fundamental de aplicación inmediata, pero que no es un derecho absoluto, en la medida que el legislador cuenta con la potestad de establecer condiciones para su ejercicio, en aras del interés general y el cumplimiento de los principios de la función pública.

Entre las restricciones se encuentran contempladas en la Constitución y la Ley y son las inhabilidades, las incompatibilidades y las prohibiciones. Para el caso objeto de consulta, resulta relevante lo dispuesto en el artículo 127 anteriormente citado en la medida que ningún servidor público podrá celebrar por sí o por interpuesta persona contrato con ninguna entidad pública.

Ahora bien, nuestro ordenamiento constitucional también ha previsto la figura del conflicto de interés y en ese sentido, en los artículos 182 y 183 que establece los principios que deben regir las actuaciones de los Congresistas, señaló que: "Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones." (subrayas añadidas)

El artículo 183.1 de la Constitución Política además dispuso que los Congresistas perderán su investidura por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y el régimen de conflicto de intereses.

No obstante, la Constitución Política estableció la figura de la pérdida de investidura para los congresistas, esta también previó la extensión de dicha sanción a los diputados, por infracción a lo



Radicado ANM No: 20181200267111

dispuesto en los artículos 110<sup>4</sup> y 291<sup>5</sup> Superiores, disposiciones reguladas por la ley 617 de 2000, artículo 48 que establece causales específicas de pérdida de investidura de los diputados, en los siguientes términos:

ARTICULO 48. PÉRDIDA 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.

[...]

6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley.

Al respecto la Corte Constitucional en la Sentencia C- 1040 de 2005, dijo:

*Por ello, en términos generales, se ha dicho por parte del Consejo de Estado, que se presenta conflicto de intereses cuando existe una "conurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla".*

*Siguiendo los parámetros normativos anteriormente transcritos, se ha precisado por la jurisprudencia constitucional del Consejo de Estado las circunstancias o supuestos que configuran la presencia de un conflicto de intereses, las cuales han sido resumidas en los siguientes términos: (1) la participación efectiva del congresista en el procedimiento legislativo o en el ejercicio de los mecanismos de control; (2) la existencia, cierta y demostrada, de que las deliberaciones, votaciones y aprobación de una determinada ley se derivan beneficios morales o económicos para el congresista, sus familiares o sus socios, en los grados pre-determinados; (3) el beneficio que persiga o se obtenga con la ley no pueda ser catalogado como general, sino de carácter particular, directo e inmediato; (4)*

<sup>4</sup> ARTICULO 110. Se prohíbe a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley. El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura.

<sup>5</sup> ARTICULO 291. Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura. Los contralores y personeros sólo asistirán a las juntas directivas y consejos de administración que operen en las respectivas entidades territoriales, cuando sean expresamente invitados con fines específicos.



Radicado ANM No: 20181200267111

que el congresista tenga la intención de beneficiar a sus familiares, a sus socios o a sí mismo.

Igualmente, el Consejo de Estado en sentencia dentro del proceso con radicado numero 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 conyugue o de algún 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 proceso del pérdida de investidura de los congresistas.*

En sentencia del 20 de noviembre de 2001, dentro del proceso IP 0130, el Consejo de Estado, indicó:

*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 señalados. Así mismo, se ha dicho que el aspecto deontológico de esta figura radica en que es deber de los servidores públicos poner de manifiesto ante la corporación respectiva, las circunstancias que por razones económicas o morales pueden afectar su objetividad, imparcialidad e independencia frente al asunto oficial o institucional que les compete decidir. De suerte que la causal no se configura por el solo hecho de encontrarse en una situación personal o familiar que puede ser directa o específicamente afectada por la respectiva decisión, sino que no manifestarla, a sabiendas de encontrarse en situación de impedimento para tomar parte de aquella decisión.*

Se consagra así, la figura del conflicto de interés que busca preservar entre otros, la moralidad de las actuaciones administrativas, evitando que los móviles personales y/o particulares de quienes han de adoptar decisiones, participar en las gestiones o controlarlas, entren en conflicto con el interés general y del bien común y que además no lo manifiesten, apartándose de la realización de dichas acciones.



Radicado ANM No: 20181200267111

Ahora bien, en memorando con radicado número 20151200082763 del 22 de mayo de 2015, esta Oficina Asesora Jurídica emitió concepto sobre el tratamiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades en materia minera y concluyó que son aplicables las restricciones contenidas en el estatuto de contratación de la administración pública y que hacen referencia a quien pretende presentar una propuesta o celebrar un contrato con el Estado, conforme lo estipula el artículo 21 de la Ley 685 de 2001 que estipula:

***Inhabilidades e incompatibilidades. Serán causales de inhabilidad e incompatibilidad para formular propuestas o celebrar contratos de concesión minera, los establecidos en la ley general sobre contratación estatal que fueren pertinentes y la especial contemplada en el artículo 163 de este Código.***

## 2. RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La Ley 489 de 1998, por medio de la cual se regula el ejercicio de la función administrativa, determina la estructura y define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, en su artículo 3°. señala sobre los principios de la función administrativa, lo siguiente:

*La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.*

**PARÁGRAFO.-** *Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular. (subrayas añadidas)*

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA en su artículo 3, dispone los principios que rigen la actuación administrativa, en los siguientes términos:



Radicado ANM No: 20181200267111

*PRINCIPIOS. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

*Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. (subrayas añadidas)*

Sobre la figura del conflicto de interés, el CPACA dispone en su primera parte, en la cual se dictan las normas de aplicación a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, las causales de impedimento, recusaciones y conflictos de interés, así:

**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,*



Radicado ANM No: 20181200267111

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.



Radicado ANM No: 20181200267111

*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. (subrayas añadidas)*

De conformidad con las disposiciones previstas por el CPACA, existen unas causales específicas establecidas para los servidores públicos, constitutivas de conflicto de interés, en cuyo caso el funcionario público debe declararse impedido, con miras a proteger y garantizar la primacía el interés general.

Además de lo anterior, como se expuso precedentemente, el artículo 127 constitucional establece una prohibición expresa a los servidores públicos con independencia del cargo que ejerzan o el nivel jerárquico en el que se encuentren, al disponer que estos no podrán celebrar contratos por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o personas privadas que manejen recursos públicos.

Por su parte el Código Disciplinario Único, establecido en la Ley 734 de 2002, que regula lo atinente al conflicto de interés en el ejercicio de las funciones del servidor público, establece que:

**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. (subrayas añadidas)*

En el caso que un servidor público inmerso en un conflicto de interés no se declare impedido, podrá ser recusado y en caso de continuar con la acción considerada conflicto de interés, estará sujeto a las sanciones correspondientes, al configurarse una falta disciplinaria, toda vez que sus actuaciones deben estar orientadas a la garantía de la función pública consagrados en la Ley 734 de 2001 que estipula:

**Artículo 22. Garantía de la función pública.** El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones



Radicado ANM No: 20181200267111

y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.

**Artículo 23. La falta disciplinaria.** Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento. (subrayas añadidas)

De lo antes expuesto, podemos concluir que:

- ✚ El acceso al desempeño de funciones y cargos públicos es una manifestación del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político como derecho fundamental de aplicación inmediata, consagrada en los artículos 40 y 85 de la Constitución Política.
- ✚ Este derecho, sin embargo, no es absoluto, sino que está sujeto a las restricciones que le imponga el legislador, en aras del cumplimiento de los fines del Estado;
- ✚ En este sentido, el legislador ha establecido un régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que deben ser cumplidos so pena de las sanciones a que haya lugar;
- ✚ Entre las incompatibilidades creadas por el Constituyente esta la consagrada por el artículo 127 constitucional que señala que los servidores públicos no pueden celebrar contratos por sí o por interpuesta persona o en representación de otra, con entidades públicas, ni con privadas que manejen recursos públicos, salvo las excepciones que contemple la ley;
- ✚ Los servidores públicos deben ejercer sus funciones bajo los postulados morales, los principios constitucionales que rigen la función pública y corresponderá a cada individuo que emprenda una actividad indicar si se encuentra inmerso en un conflicto de interés;
- ✚ En caso de no declararse impedido para actuar, el funcionario puede ser recusado, con el objetivo de que se aparte de la gestión que configura el conflicto de interés;
- ✚ En caso de realizar la acción que constituye un conflicto de interés, estará sujeto a la imposición de una sanción disciplinaria, conforme a la Ley 734 de 2002.

#### 1. SOLUCIÓN A LA CONSULTA:

De conformidad con lo antes planteado, procedemos a continuación a dar respuesta a las inquietudes planteadas en su escrito:



Radicado ANM No: 20181200267111

1. **¿Puede una persona que tiene solicitudes de títulos mineros ocupar puesto de coordinador de un Punto de Atención Regional PAR de la ANM?**
2. **En caso de que dicha solicitud de título se encuentre sobre la jurisdicción del PAR que va a coordinar o está coordinando ¿incurriría este funcionario de la ANM en algún tipo de irregularidad a los reglamentos internos de la ANM?**
3. **En caso de que dicha solicitud de título se encuentre sobre la jurisdicción del PAR que va a coordinar o está coordinando ¿incurriría este funcionario de la ANM en algún tipo de irregularidad disciplinaria o penal?**

Como se puede observar de las normas antes transcritas, la incompatibilidad ha sido definida jurisprudencialmente como la "imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades".

La Corte Constitucional ha señalado en relación con las consecuencias de la incompatibilidad, que:

*"(...) si en ella se incurre, el propio ordenamiento contempla la imposición de sanciones que en su forma más estricta llevan a la separación del empleo que se viene desempeñando. En nuestro sistema, por ejemplo, la violación del régimen de incompatibilidades por parte de los congresistas ocasiona la pérdida de la investidura (artículo 183, numeral 1, de la Constitución) y, además, en cuanto sea pertinente, está sujeta a la imposición de las sanciones penales que la ley contempla. Resulta consecuente con los indicados propósitos la norma del artículo 181 de la Constitución, a cuyo tenor las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo y, en caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior."*<sup>6</sup>

Además, la Corte expresó:

*"De ahí que las incompatibilidades legales tengan como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses de terceros o propios en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública."*<sup>7</sup>

Al respecto, el artículo 127 de la Constitución establece claramente la prohibición a los servidores públicos de celebrar contratos por sí o por interpuesta persona o en representación de otra, con

<sup>6</sup> Sentencia No. C-349 de 1994.

<sup>7</sup> Sentencia C-426 de 1996.



Radicado ANM No: 20181200267111

entidades de carácter público o privadas que manejen recursos públicos, entre los que se encuentra incluida conforme al artículo 21 del Código de Minas, no solo la contratación, sino la presentación de la propuesta de contrato de concesión.

En este orden de ideas, una persona que tiene solicitudes de títulos mineros presentados ante la ANM con anticipación a su nombramiento y posesión, sí puede ser servidor público de la misma, pero no podrá bajo ningún aspecto, suscribir el contrato de concesión, por sí mismo, por interpuesta persona o en representación de otra, pues incurriría en una violación de la prohibición consagrada en el artículo precitado y estará sujeto a las sanciones disciplinarias correspondientes conforme al Código Disciplinario Único.

Tampoco podrá un funcionario de la ANM de cualquier nivel o jerarquía presentar por sí mismo, o por interpuesta persona, o en representación de otro, una solicitud de título minero, pues incurrirá en la misma falta, con las consecuencias disciplinarias correspondientes.

Cabe resaltar que la prohibición consagrada en el artículo 127 constitucional, opera sobre cualquier solicitud de título minero o contrato de concesión con la ANM, de manera independiente de si corresponde o no a la jurisdicción del Punto de Atención Regional que el servidor público coordine.

Ahora bien, frente al conflicto de interés, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, han señalado que este se presenta en los casos en el que el interés general entra en conflicto con el interés particular. Sin embargo, la existencia de esa contraposición de intereses no significa que se incurra de manera inmediata en una infracción a los reglamentos, o que constituyan per se una falta susceptible de sanción disciplinaria por conflicto de interés.

Lo anterior, por cuanto la falta se configura cuando ese conflicto se presenta al momento del cumplimiento de una actividad pública, el ejercicio de una función o la adopción de una decisión, y quién está incurrido en el conflicto de interés no se declara impedido o que, habiendo sido recusado, ejecuta la acción.

No obstante, cuando éste en su actuar como funcionario público - al expedir una regulación, ejercer control, desarrollar una gestión o adoptar una decisión - vea contrapuestos sus intereses personales y directos, con los intereses generales, deberá declararse impedido, pues de lo contrario podrá ser recusado e incurrirá en una falta disciplinaria sancionable, de conformidad con la Ley 734 de 2002.

x



Radicado ANM No: 20181200267111

**4. ¿Es usual y legal que los funcionarios de la ANM que tienen funciones de coordinación y de dirección tengan solicitudes y títulos mineros?**

Frente a esta inquietud, me permito manifestarle que no se tiene conocimiento al respecto.

En los anteriores términos, esperamos haber absuelto sus inquietudes, aclarando que el presente concepto se emite en cumplimiento de la ley 1755 de 2015.

Atentamente,

  
**LAURA CRISTINA QUINTERO CHINCHILLA**  
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Anexos: "0".

Copia: "No aplica".

Elaboró: Angela Sorzano

Revisó: "No aplica".

Fecha de elaboración: 14-08-2018 15:22 PM

Número de radicado que responde: 20185500537222

Tipo de respuesta: Total.

Archivado en: Conceptos 2018