



Función Pública

## Concepto 045001 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000045001\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000045001

Fecha: 05/02/2020 03:20:08 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Conflicto de Intereses. RAD. 20202060019582 del 15 de enero de 2020.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, en la cual consulta a este Departamento Administrativa si devine alguna causal de conflicto de intereses para los funcionarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que hacen parte de la junta directiva de una sociedad de economía mixta del orden nacional (sociedad A), debido a que asimismo forman parte de la junta directiva de una empresa de servicios públicos, constituida como sociedad anónima por acciones, de carácter comercial del orden nacional (sociedad B), teniendo en cuenta que esta última empresa busca ser vendida a la primera sociedad; lo que implicaría que un funcionario decidiera acerca de la venta y al mismo tiempo deba participar en el trámite de aprobación de la compra de la Sociedad B como miembro de la junta de la sociedad A, por ser parte del Comité de Activos del citado Ministerio, instancia administrativa que encargada de formular políticas para el control y orientación de los inversores en las empresas en la que la entidad sea accionista y en aquellas empresas de servicios públicos domiciliarios en las cuales tenga representación

Teniendo en cuenta lo anterior, y para proceder con su consulta es preciso partir de la delegación en las entidades descentralizada y la participación de los servidores públicos en las juntas directivas de la misma.

Al respecto, la Constitución Política transcribe:

*“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.”

“ARTICULO 211. La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.” (Subrayado fuera de texto).

La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios.” (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, la Ley 489 de 1998<sup>1</sup>, dispone:

“ARTICULO 9o. DELEGACION. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley.

PARAGRAFO. Los representantes legales de las entidades descentralizadas podrán delegar funciones a ellas asignadas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley, con los requisitos y en las condiciones que prevean los estatutos respectivos.” (Subrayado fuera de texto).

Conforme con lo anterior, es claro que los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa pueden delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y la Ley 489 de 1998.

La normativa ibidem dispone frente a la delegación de funcionarios ante los consejos directivos:

“ARTÍCULO 75. DELEGADOS OFICIALES ANTE LOS CONSEJOS DIRECTIVOS. Los ministros y directores de Departamento Administrativo y demás autoridades nacionales que puedan acreditar delegados suyos para formar parte de consejos directivos de establecimientos públicos, lo harán designando funcionarios del nivel Directivo o Asesor de sus correspondientes reparticiones administrativas o de organismos adscritos o vinculados a su Despacho.

Cuando se trate de consejos seccionales o locales se designará preferentemente funcionarios de la entidad territorial o de organismos descentralizados vinculados o adscritos a ella. Si además dichos consejos son presididos por el Gobernador o Alcalde de la jurisdicción a que corresponda el ejercicio de las funciones de los mismos, el Ministro o el Director de Departamento consultará al Gobernador o Alcalde, sin que por ese solo hecho exista obligación en la designación del delegado.”

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto con radicado No. 110010306000201800233-00 y ponencia del Consejero Álvaro Namén Vargas consideró:

*“De las normas citadas, se colige que los consejos directivos de los establecimientos públicos: (i) se integran en la forma que determine el respectivo acto de creación; (ii) deben ser presididos por el ministro o director de departamento administrativo a cuyo despacho se encuentre adscrito el establecimiento, o por su delegado, salvo que una ley especial disponga lo contrario; (iii) pueden estar integrados por servidores públicos y particulares, o exclusivamente por servidores públicos; (iv) en el primer caso, los citados particulares no adquieren, por el solo hecho de formar parte del consejo, la calidad de empleados públicos, aunque cumplen funciones públicas; (v) los miembros que sean servidores públicos pueden designar delegados, quienes deben corresponder al nivel directivo o asesor de sus correspondientes dependencias administrativas, o de organismos adscritos o vinculados, y (vi) los referidos consejos directivos tienen a su cargo las funciones que señala el artículo 76 de la Ley 489 de 1998, además de las que les fije ley que crea el respectivo establecimiento y sus estatutos internos.*

Con respecto a las otras entidades descentralizadas, la Ley 489 de 1998 dispone lo siguiente:

(...)

- El artículo 84 preceptúa que las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios se sujetan a la Ley 142 de 1994 y “a lo previsto en la presente ley en los aspectos no regulados por aquélla”.

(...)

- En relación con las sociedades de economía mixta, el artículo 97 prescribe que estas son “organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”, y el parágrafo de la misma disposición itera que el régimen de las actividades y los servidores de las sociedades en las que el aporte de la Nación, de entidades territoriales o de entidades descentralizadas sea igual o superior al noventa (90%) del capital social, es el mismo de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Por otra parte, el artículo 98 establece la obligación de señalar, en el acto de constitución de estas sociedades, las condiciones de participación del Estado, y conforme al artículo 99, la representación de las acciones que la Nación tenga en una sociedad de economía mixta corresponde al ministro o director de departamento administrativo a cuyo despacho se encuentre vinculada la sociedad, o al respectivo representante legal, en caso de que las acciones pertenezcan a un establecimiento público o a una empresa industrial y comercial del Estado.

(...)

*El recuento normativo efectuado permite concluir que la conformación y el funcionamiento de los consejos o juntas directivas de las entidades públicas descentralizadas del orden nacional, así como la calidad, la forma de designación, los deberes, prohibiciones, incompatibilidades e inhabilidades y, en general, el régimen jurídico de sus miembros, se rigen por lo dispuesto en la Ley 489 de 1998 para los establecimientos públicos, con excepción de las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación inferior al 90% en su capital social, de las entidades descentralizadas indirectas que no sean sociedades entre entidades públicas o sociedades de economía mixta sujetas al régimen de las empresas industriales y comerciales y de las entidades sin ánimo de lucro, todas las cuales se rigen por las disposiciones del derecho privado, sin perjuicio de lo previsto de manera particular para dichas entidades en Ley 489, en leyes especiales y en otras normas constitucionales y legales (como aquellas que protegen el patrimonio público o regulan la conducta de los servidores públicos que participen o actúen en los órganos de dirección y administración de tales entidades).*

(...)

Ahora bien, debe aclararse que, al menos en el caso de los establecimientos públicos, de las superintendencias y unidades administrativas especiales con personería jurídica, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta con el régimen jurídico de aquellas, pueden presentarse tres situaciones diferentes, que es importante distinguir para delimitar adecuadamente el análisis que se realizará en los acápite siguientes, y comprender mejor las respuestas que se darán a las preguntas formuladas:

i. Que ley que crea o autoriza la constitución de una entidad descentralizada y/o sus respectivos estatutos, según el caso, establezcan directa y expresamente que uno o varios de los miembros de su consejo o junta directiva sean particulares, como sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que algunos de dichos miembros representan determinadas personas jurídicas de derecho privado (universidades, gremios, instituciones científicas etc.) o ciertos sectores de la sociedad (estudiantes, sindicatos, cooperativas, empresarios etc.), caso en el cual tales integrantes del consejo o de la junta directiva tienen necesariamente el carácter de particulares.

ii. Que la ley que crea o autoriza la constitución de la entidad descentralizada y/o sus respectivos estatutos, según el caso, disponga que uno o varios de los miembros de su consejo o junta directiva sean representantes (directos o personales) del Presidente de la República o de otro organismo, entidad o funcionario del Estado, designados libremente por estos. En dicho evento, la representación podría recaer en un particular o en un servidor público, según lo que determine el Presidente o la entidad, organismo o funcionario encargado legal o estatutariamente de hacer la designación.

iii. Y, finalmente, que la ley que crea o autoriza la constitución de la entidad descentralizada y/o sus respectivos estatutos, según el caso, establezca que determinados empleados públicos que hagan parte de la junta o del consejo directivo (por ejemplo, ministros, viceministros o directores de departamento administrativo, entre otros) puedan delegar en otras personas su participación en dicho órgano. En este caso, al contrario de lo mencionado en el numeral anterior, la delegación no puede recaer en particulares, sino solo en servidores públicos de la misma dependencia, organismo o entidad pública que dirija el miembro de la junta o consejo, o de organismos o entidades adscritas o vinculadas a su despacho, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 9 y 75 (antes citado) de la Ley 489, y en los artículos 6 y 7 del Decreto Ley 128 de 1976.

(...)

Por último, es necesario mencionar que la Ley 489 de 1998 somete a los miembros de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta cuyo régimen sea asimilable al de aquellas y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, a las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en el Decreto Ley 128 de 1976."

Conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado, el funcionamiento de los consejos o juntas directivas de las entidades públicas descentralizadas del orden nacional, así como la calidad, la forma de designación, los deberes, prohibiciones, incompatibilidades e inhabilidades y, en general, el régimen jurídico de sus miembros, se rigen por lo dispuesto en la Ley 489 de 1998 para los establecimientos públicos, con excepción de las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga una participación inferior al 90% en su capital social.

Por consiguiente, siempre y cuando la ley que cree o autorice la constitución de la entidad descentralizada y/o sus respectivos estatutos, establezca que determinados empleados públicos que hacen parte de la junta o del consejo directivo pueden delegar en otras personas su participación en dicho órgano, se entenderá que dicha delegación solo podrá recaer en servidores públicos de la misma dependencia, organismo o entidad pública que dirija el miembro de la junta o consejo, o de organismos o entidades adscritas o vinculadas a su despacho.

Es decir que, cuando un empleado público ejerce como delegado desigando de una entidad u organismo, se entiende que su representación se encuentra conforme a la Constitución y la Ley, que las funciones a él delegadas se desarrollan en servicio a los intereses generales de la entidad<sup>2</sup> y la actuación de aquel, dentro de los consejos o juntas directivas, se lleva a cabo con carácter institucional y no personal.

Ahora bien, es preciso recordar que el conflicto de intereses 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 otras; la cual sobreviene cuando el interés general entra en conflicto con el interés particular y directo del servidor público.

Al respecto, 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, dispuso:

*"Según la jurisprudencia de esta Sala, el interés que genera el conflicto debe ser directo, es decir que la decisión debe redundar en beneficio del servidor público en forma inmediata, esto es, sin necesidad de que medien circunstancias o elementos externos a la misma; que se produzca un beneficio especial, particular y concreto en favor suyo, de su cónyuge o de un pariente; y que además no se manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto, tal como lo ha señalado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al pronunciarse de fondo en procesos de pérdida de investidura de los congresistas. Así por ejemplo, en la sentencia de 20 de noviembre de 2001, exp. núm. IP-0130, Consejero Ponente, Dr. Germán Rodríguez Villamizar, la Sala señaló:*

*"Por consiguiente, el conflicto de interés se presenta cuando el congresista se ve afectado por alguna situación de orden moral o económico que le impide tomar parte en el trámite o decisión de algún asunto sometido a su consideración, de tal manera que rompería la imparcialidad e independencia para atender su propia conveniencia o beneficio personal, o el de su cónyuge o compañero permanente, el de sus socios, o el de sus parientes en los grados antes señalados"*

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

En el mismo sentido, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo De Estado, en sentencia con Radicación núm.: [440012331000200400684](#) 01 del 27 de enero de 2005, Consejero Ponente: Doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, precisó:

*"La jurisprudencia de esta Sala tiene dicho que de esa disposición se desprende que el interés que puede generar conflicto con el asunto de que se trate debe ser directo, es decir que el efecto que la decisión pueda tener en las personas que como servidores públicos intervienen en ella sea inmediato, sin consideración a circunstancias o elementos externos a la decisión; que se produzca de forma especial respecto de ellas, de su cónyuge o de un pariente suyo, es decir, particular y concreta, sea en su beneficio o en su perjuicio; y que además no se manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto, y así lo ha consignado reiterada y ampliamente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativa de esta Corporación cuando se ha ocupado del asunto con ocasión de procesos de pérdida de la investidura de los congresistas."*

Sobre las situaciones que puedan derivarse de un conflicto de interés, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto con Radicación No: 1.903 del 15 de mayo de 2008, Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, estableció:

"2. El conflicto de intereses.

Sobre este tema la Sala mediante Concepto de Abril 28 de 2004 M.P Flavio Rodríguez Arce con radicación [1572](#), dijo:

*"El conflicto de intereses: Es una institución de transparencia democrática que por su alcance y fundamento debe analizarse en forma concreta.*

2.1 Noción. En términos generales es aquella cualidad de concurrencia antagónica entre el interés particular y el interés público que afecta la decisión a tomar y obliga a declararse impedido a quien deba tomarla.

*2.2 Finalidad. El instituto del conflicto de intereses trata de impedir que prevalezca el interés privado del congresista sobre los intereses públicos, el cual, prevalido de su influencia, podría obtener provechos indebidos para sí o para terceros, es decir, evitar favorecer intereses que no sean los relativos al bien común o que la imparcialidad de sus decisiones se comprometa y distorsione por motivos personales o particulares. Se trata así de un asunto inherente al fuero interno del congresista, a un aspecto esencialmente subjetivo, el que de existir y no ser manifestado conforme al reglamento, da lugar a la recusación.*

*2.3 Fundamento. De allí que el fundamento del impedimento radica en que: a) el conflicto de interés afecta la transparencia de la decisión - para el caso, la motivación del voto -. En efecto, en toda decisión siempre debe haber, en forma inequívoca, un solo interés: el interés general de la ley. Por tanto, en caso de conflicto se mezclan el interés privado y el público, con lo cual queda en duda cuál fue el interés dominante. b) En que el impedimento evita que la decisión sea determinada por el interés particular en detrimento del interés público.*

*2.4 Necesidad de análisis en cada caso particular: La Sala estima conveniente advertir que el tema, de por sí complejo, requiere para su tratamiento del análisis de cada caso concreto, pues la conducta humana admite de manera necesaria matices y, por tanto, el instituto del conflicto de intereses, al ser del resorte del fuero interno, debe ser valorado con especial cuidado para no vulnerar los derechos del congresista o hacer inanes los alcances de la ley."*

En efecto, de acuerdo con lo expresado por Consejo de Estado, el conflicto de interés se estructura cuando el servidor público con su actuación se favorezca a sí mismo o a sus parientes. El constituyente quiso evitar, al prever la ocurrencia del conflicto de intereses, que el servidor público con su accionar haga prevalecer su interés personal o familiar sobre el general, buscando acabar con las ventajas personales distintas a las que se predicen de la generalidad.

Por consiguiente, es preciso aclarar que el conflicto de intereses se configura cuando un servidor público considere que el ejercicio de sus funciones puede acarrear un provecho particular, por tener un interés directo, personal y concreto en determinado asunto y/o que afecta la toma de alguna decisión, en cuyo caso quien deba tomarla estará obligado a declararse impedido para hacerlo o podrá ser recusado, conforme a los términos de los artículos 11 y 12 de la Ley 1437 de 2011 y 40 de la Ley 734 de 2002.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que, siempre y cuando el empleado público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público actúe en nombre y representación de la entidad, en virtud de una delegación, no se configuraría el conflicto de intereses, en razón a que su participación en el presente caso, como miembro de junta o consejo directivo de las sociedades indicadas en su comunicación, atiende a los intereses de la entidad.

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: Jose Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando Lopez Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales 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.

2. Se recuerda que conforme al artículo 123 de la Constitución Política: *“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.”*

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:18:59