



## Concepto 105321 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000105321\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000105321

Fecha: 10/03/2022 06:37:02 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que la persona que ostenta la calidad de asociado de la Cooperativa multiactiva COOMDEXGAN, regida por el derecho privado, que a su vez es presidente de la misma cooperativa, y que se desempeña como gerente de la empresa de servicios públicos municipal no domiciliarios de Duitama (establecimiento público descentralizado del orden municipal, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio), sea miembro principal de la junta directiva de la sociedad de economía mixta planta de beneficio frigocentro cacique tundama, de la cual hace parte por el sector público y de la cual también hace parte por el sector privado por la cooperativa COOMDEXGAN y en la cual también se desempeñó como gerente hasta el 20 de septiembre de 2021? RAD.: 20229000092682 del 21 de febrero de 2022.

En atención a su escrito de la referencia, mediante el cual consulta si existe impedimento para que la persona que ostenta la calidad de asociado de la Cooperativa multiactiva COOMDEXGAN, regida por el derecho privado, que a su vez es presidente de la misma cooperativa, y que se desempeña como gerente de la empresa de servicios públicos municipal no domiciliarios de Duitama (establecimiento público descentralizado del orden municipal, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio), sea miembro principal de la junta directiva de la sociedad de economía mixta planta de beneficio frigocentro cacique tundama, de la cual hace parte por el sector público y de la cual también hace parte por el sector privado por la cooperativa COOMDEXGAN y en la cual también se desempeñó como gerente hasta el 20 de septiembre de 2021, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016<sup>1</sup>, 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, no funge como ente de control y carece de competencia para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado y de los servidores públicos, así como tampoco, le compete decidir si una persona incurre o no en causal de inhabilidad, competencia atribuida a los jueces de la república.

De acuerdo con lo señalado, se presenta un marco normativo que permita establecer las inhabilidades e incompatibilidades de los servidores en el caso puntualmente consultado.

Ahora bien, es preciso indicar que, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, 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.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, consideró lo siguiente:

*“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía*

*legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”.*

Conforme con lo anterior, las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, sin que puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos por el legislador, pues la voluntad de éste no puede ser suplantada, en detrimento de derechos de terceros o de intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

Sea lo primero señalar que la Ley 489 de 1998<sup>2</sup>, señala:

*“ARTÍCULO 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.*

(...)

*PARÁGRAFO 1º. De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial. (...) (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).*

Teniendo en cuenta lo señalado, tenemos que el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976<sup>3</sup>, consagra:

*“ARTÍCULO 5º.- Del número de juntas o consejos a que pueden asistir los particulares. Los particulares no podrán ser miembros de más de dos (2) juntas o consejos directivos de las entidades a que se refiere el presente Decreto.*

(...)

*ARTÍCULO 13.- De la remuneración de los empleados públicos por su asistencia a juntas o consejos. Los empleados o funcionarios públicos no podrán recibir remuneración por más de dos (2) juntas o consejos directivos de que formen parte en virtud de mandato legal o por delegación.*

*ARTÍCULO 14.- De las incompatibilidades de los miembros de las juntas y de los gerentes o directores. Los miembros de las juntas o consejos directivos y los gerentes o directores no podrán, en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquella:*

*a) Celebrar por sí o por interpuesta persona contrato alguno;*

*b) Gestionar negocios propios o ajenos, salvo cuando contra ellos se entablen acciones por dichas entidades o se trate de reclamos por el cobro de impuestos o tasas que se hagan a los mismos, a su cónyuge o a sus hijos menores, o del cobro de prestaciones y salarios propios.*

*Las prohibiciones contenidas en el presente artículo regirán durante el ejercicio de las funciones y dentro del año siguiente al retiro de la entidad.*

*Tampoco podrán las mismas personas intervenir, por ningún motivo y en ningún tiempo, en negocios que hubieren conocido o adelantado durante el desempeño de sus funciones.*

*No queda cobijado por las incompatibilidades de que trata el presente artículo el uso que se haga de los bienes o servicios que la respectiva entidad ofrezca al público bajo condiciones comunes a quienes los soliciten.*

*Quienes como funcionarios o miembros de las juntas o consejos directivos de los organismos a que se refiere este artículo admitieren la intervención de cualquier persona afectada por las prohibiciones que en él se consagran, incurrirán en mala conducta y deberán ser sancionados de acuerdo con la ley”. (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).*

De acuerdo con lo señalado, tenemos las siguientes consideraciones:

<![if !supportLists]>- <![endif]>Los particulares no podrán ser miembros de más de dos (2) juntas o consejos directivos de las entidades a que se refiere el Decreto 128 de 1976, de manera que el impedimento no se predica de los servidores públicos para que, en ejercicio de sus funciones, sean parte de más de dos juntas de las entidades señaladas en la norma; sin embargo, los honorarios respectivos solo podrán reconocerse hasta por la asistencia a dos juntas.

<![if !supportLists]>- <![endif]>Los miembros de las juntas directivas no podrán en relación con la entidad a la que prestan sus servicios y con las que hagan parte del sector administrativo al cual pertenece aquella, gestionar negocios propios o ajenos; es decir, como miembro de la junta directiva de la planta de beneficio frigocentro cacique tundama no podrá gestionar negocios relacionados con la cooperativa COOMDEXGAN. En este sentido también se considera importante anotar que 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, señaló:

*"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 el Consejo de Estado, el conflicto de intereses se configura 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. Busca acabar con las ventajas personales distintas a las que se predicen de la generalidad.

Así las cosas, 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.

<![if !supportLists]>- <![endif]>Finalmente, respecto del eventual impedimento para ser parte de la junta directiva de la entidad, por haber figurado como su gerente dentro del año anterior, no se encuentra restricción en las normas que regulan la materia.

<![if !supportLists]>- <![endif]>

Por último, me permito indicarle que, para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva) en el link Gestor Normativo donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/HHS

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública".
2. "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."
3. "Por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas".

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:14:59