

02 de Enero de 2019

MEMORANDO

20181030220103

Al responder cite este Nro.
20181030220103

PARA: **CAROLINA GALINDO POBLADOR**
Jefe de la Oficina del Inspector de Gestión de Tierras

DE: **JORGE ANDRÉS GAITÁN SÁNCHEZ**
Jefe Oficina Jurídica

ASUNTO: **Concepto jurídico** – Sobre inhabilidad en trámite de constitución de Resguardo Indígena Inga de Santiago – Putumayo – Radicado 20181040216653.

De acuerdo con la consulta presentada por usted, sobre inhabilidad en trámite de constitución de Resguardo Indígena Inga de Santiago; conforme a las funciones asignadas a esta Oficina en el numeral 8, artículo 13 del Decreto 2363 de 2015, me permito emitir concepto jurídico sobre el particular, basado en los siguientes:

1. HECHOS Y PROBLEMAS JURÍDICOS

En su comunicación radicada como indica el asunto de la referencia, plantea como hechos de su consulta los siguientes:

“La Oficina del Inspector de la Gestión de Tierras recibió el pasado 13 de diciembre, el radicado Orfeo No. 20186201501152 en el cual se denuncian posibles irregularidades al interior del trámite de constitución del Resguardo Indígena Inga del Municipio de Santiago (Putumayo), que involucran a la Subdirectora de Asuntos Étnicos, Lizbeth Omira Bastidas Jacanamijoy, pues el denunciante menciona que “gran parte de las tierras que se pretenden constituir al parecer fueron compradas y entregadas a familiares o personas cercanas a la funcionaria de la Agencia Nacional de Tierras Lizbeth Bastidas Jacanamijoy la cual es familiar del taita gobernador”.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en el marco de las averiguaciones realizadas por parte de esta Oficina, nos permitimos solicitarle respetuosamente, se emita

| | | |
|-------------|-----------|------------|
| ADMBS-F-025 | Versión 3 | 23-08-2018 |
|-------------|-----------|------------|



Línea de Atención en Bogotá
(+57 1) 5185858, opción 0

Agencia Nacional de Tierras
Calle 43 No.57-41 Bogotá, Colombia
Sede Servicio al Ciudadano
Carrera 23 No. 54-55 Piso 1 Torre SH
www.agenciadetierras.gov.co

Agencia Nacional de Tierras
Código Postal 111321
Sede Servicio al Ciudadano
Código Postal 111511

concepto jurídico en el sentido de determinar qué tipo de inhabilidad podría presentarse al interior del trámite de constitución de un Resguardo Indígena, por parte de quien ostente el cargo de Subdirector de Asuntos Étnicos de la ANT”.

2. ANALISIS LEGAL Y CONSIDERACIONES

En relación con el asunto de la referencia y que se expone en su memorando, es necesario realizar las siguientes consideraciones:

- **Concepto emitido sobre inhabilidades e incompatibilidades**

El pasado 03 de septiembre de 2018, esta Oficina Jurídica emitió Concepto por solicitud de su despacho con el número de radicado 20181030136543, sobre posibles inhabilidades, incompatibilidad o conflictos de interés en materia de Gestión del Ordenamiento Social de la Propiedad Rural, motivo por el cual, teniendo en cuenta los temas planteados en dicho memorando, traemos a colación apartados de lo allí definido:

- **Sobre las inhabilidades**

La Corte Suprema de Justicia las definió como "aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otros”.

Según concepto de la Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública las inhabilidades, entonces, son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos.

Las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, en empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción, deben estar consagradas en forma expresa y clara, y pueden hacer parte del estatuto general que rige la función pública, o de manera específica, del estatuto de carrera, o de personal de cada entidad, sector o rama del poder público.”²

¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 de junio de 1988 Dr. Fabio Morón Díaz

² Corte Constitucional, Sentencia No. C-546 de 1993, de noviembre 25, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

“Las Inhabilidades son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, y tienen como objeto primordial lograr la moralización, idoneidad probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos”³.

En lo referente a la finalidad de las inhabilidades la Corte Constitucional, señalo que:

“Es natural y consecuente con los principios enunciados, que se exija a quienes aspiren a ingresar al servicio público y en particular a la administración de justicia, el cumplimiento de requisitos tanto genéricos como específicos que garanticen la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de las altas responsabilidades estatales. Se pretende pues, que en los servidores públicos concurren los elementos que están a la altura de la naturaleza de la investidura que ostenta al ejercerla, para que su desempeño se oriente a la consecución de los fines del Estado.”⁴

- **Sobre las incompatibilidades**

Según concepto de la Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública las incompatibilidades se refieren a la exclusión natural, legal o reglamentaria de una cosa a causa de otra, esa contradicción, antagonismo, cohabitación o convivencia imposible, en materia laboral se traduce en la incapacidad para ejercer un cargo, en el impedimento, prohibición o tacha legal para desempeñar al mismo tiempo dos empleos o funciones, la imposible simultaneidad para ostentar al tiempo dos calidades, o un cargo directivo y una participación en ciertas sociedades, la intervención en determinados asuntos, la gestión de asuntos ante determinados entes, la elección no permitida por la ley, la participación en subastas bajo la dependencia del mismo sujeto, la interdicción de funciones entre otras.

Respecto de las incompatibilidades la Corte Constitucional ha señalado:

“El señalamiento constitucional de incompatibilidades implica necesariamente la consagración de límites y excepciones a la actividad de la persona, la cual no estaría cobijada por ellos si no fuera por el cargo que desempeña. Desde ese punto de vista comporta un trato diferente al aplicable para los demás, pero justificado en razón de los superiores intereses públicos. La incompatibilidad

³ Corte Constitucional Sentencia C- 329 de julio 27 de 1995

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-509 de 1994, Magistrado Ponente, Doctor Hernando Herrera Vergara

significa imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades.”⁵

“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.”⁶

Frente a las incompatibilidades comunes a los servidores públicos, la Ley 734 de 2002, dispone:

Artículo 39. OTRAS INCOMPATIBILIDADES. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período:

a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;

b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia. (...) (Negrillas fuera del texto)”

Es decir, este artículo evidencia la existencia legal de una incompatibilidad que aplica solo para funcionarios públicos específica en caso de remate o venta de bienes como lo

⁵ (Corte Constitucional, Sentencia No. C-349 de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-426 de 1996. Magistrado Ponente, Doctor Hernando Herrera Vergara

establece el precitado numeral.

- **Sobre los conflictos de intereses**

Adicionalmente, el legislador estableció la figura del conflicto de intereses en la Ley 734 de 2002, a saber:

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.

En relación con este tema el Consejo de Estado ha indicado que “en términos genéricos, puede decirse que existe una situación de “conflicto de intereses” cuando el interés personal de quien ejerce una función pública colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña. Incurrir en conflicto de intereses cuando tenga un interés directo, particular y actual, ya sea de carácter moral o económico, y a pesar de ello no manifieste su impedimento y participe en la adopción de la decisión sometida a su conocimiento. Adicionalmente, es obligación de todo servidor público de declararse impedido cuando se encuentre incurso en una causal propia, como el conflicto de intereses, so pena de incurrir en falta disciplinaria”⁷.

En sentencia de Sala Plena el Consejo de Estado, respecto de la institución de conflicto de intereses, precisó:

“El conflicto de intereses podría definirse como aquella conducta en que incurre un servidor público, contraria a la función pública, en la que, movido por un interés

⁷ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección “B”, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, 31 De Enero De 2018. Rad. No.: 11001-03-25-000-2012-00679-00

particular prevalente o ausente del interés general, sin declararse impedido, toma una decisión o realiza alguna gestión propia de sus funciones o cargo, en provecho suyo, de un familiar o un tercero y en perjuicio de la función pública. Por ello, la norma exige que, ante la pugna entre los intereses propios de la función y los particulares del funcionario, éste deba declararse impedido, pues es la manera honesta de reconocer la existencia de esa motivación y el deseo de cumplir con las funciones del cargo de manera transparente e imparcial. El Consejo de Estado, en su Sala de Consulta y Servicio Civil, ha interpretado el conflicto de intereses “como la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce funciones públicas, por lo cual puede afectarse la transparencia de las decisiones que le competen y llevarlo a adoptar determinaciones de aprovechamiento personal, familiar o particular, en detrimento del interés público”. Así mismo, para que se configure el conflicto de intereses es necesario que el funcionario tenga dentro de sus funciones la actuación o la toma de la decisión respecto de la cual se atribuye el interés particular, de manera que su intervención en dicho asunto sea determinante para su resolución. No podría hablarse de conflicto de intereses si el asunto objeto de gestión o decisión no es de competencia del funcionario o no pertenece al ámbito de sus funciones. El conflicto de intereses es una conducta que atenta contra la transparencia y moralidad en la administración pública, y constituye evidente acto de corrupción, que no solo el ordenamiento interno sino el régimen internacional ha querido prevenir.”⁸

La Alta Corporación en esa misma oportunidad, indicó que de acuerdo a la previsión del conflicto de intereses del artículo 40 de la Ley 734 de 2002, se pueden extraer los siguientes elementos para que se configure el conflicto de intereses:

- (i) Se debe tratar de servidor público
- (ii) Debe tener interés particular y directo él, sus familiares dentro de los grados que señala la norma o su socio o socios de hecho o de derecho, en un determinado asunto, para su regulación, gestión, control o decisión.
- (iii) Que ese interés prevalezca sobre el interés propio de la función pública, que es el interés general; y
- (iv) Que no se declare impedido para actuar en ese asunto. Adicionalmente, el ordenamiento tipifica la figura de conflicto de intereses como falta disciplinaria

En este sentido para el caso bajo estudio, el conflicto de interés operaría para los servidores públicos de la Agencia Nacional de Tierras.

⁸ Consejo de Estado. radicación 11001-03-25-000-2005-00068-00 (IJ) C.P. César Palomino Cortés.

- **Sobre el caso expuesto en su memorando frente al proceso del Resguardo Indígena Inga de Santiago**

Tal como quedó referido desde el pasado concepto jurídico emitido y aquí previamente citado, además de las consideraciones ya mencionadas es pertinente traer a presente algunas de las conclusiones emitidas:

- “2. Los funcionarios públicos de la Agencia Nacional de Tierras - ANT entiéndase funcionarios de carrera administrativa, planta temporal, planta provisional o cargos de libre nombramiento y remoción de nivel directivo y/o asesor, responden por sus actuaciones y omisiones antijurídicas, lo cual se traduce en las formas de responsabilidad disciplinaria, civil y penal. Estas son acumulables, es decir, pueden concurrir dentro de ciertas circunstancias. Adicionalmente, están sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de intereses y prohibiciones tal como se expuso en los considerandos de este concepto.*
- 3. En el caso que, un funcionario público de la Agencia Nacional de Tierras – ANT, por razones de su cargo tenga injerencia, vinculación, participación o conocimiento alguno respecto de la asignación, adjudicación de bienes o cualquier trámite propio de la misionalidad de esta entidad y de sus funciones particulares, en las que se vea involucrado un familiar suyo en cualquiera de los grados que establece la norma, debe declarar el conflicto de interés so pena de las acciones de responsabilidad que dicha omisión ocasionen”.*

Para el caso presente, en el cual, se indaga frente a que “*tipo de inhabilidad podría presentarse al interior del trámite de constitución de un Resguardo Indígena, por parte de quien ostente el cargo de Subdirector de Asuntos Étnicos de la ANT*”, es claro que, la figura jurídica adecuada tratándose de un trámite propio de un cargo misional, es la del conflicto de intereses y no la de la inhabilidad en sí misma considerada, toda vez que, cobra vigencia la Ley 734 de 2002, la cual 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.(Negrillas fuera del texto).*

Es decir, se determina en este artículo los grados de consanguinidad que podrían generar la existencia de tal figura jurídica, motivo por el cual, su aplicación es de obligatorio cumplimiento para cualquier funcionario del nivel directivo de la Agencia Nacional de Tierras según los temas que misionalmente le corresponda manejar, como es el caso de los trámites de resguardos indígenas para el cargo de Subdirector de Asuntos Étnicos.

| | | |
|-------------|-----------|------------|
| ADMBS-F-025 | Versión 3 | 23-08-2018 |
|-------------|-----------|------------|



Línea de Atención en Bogotá
(+57 1) 5185858, opción 0

Agencia Nacional de Tierras
Calle 43 No.57-41 Bogotá, Colombia
Sede Servicio al Ciudadano
Carrera 23 No. 54-55 Piso 1 Torre SH
www.agenciadetierras.gov.co

Agencia Nacional de Tierras
Código Postal 111321
Sede Servicio al Ciudadano
Código Postal 111511

Sin embargo, para que dicha circunstancia se presente se deberá precisar en el estudio del caso en concreto, entre otras cosas lo siguiente:

- Períodos de vigencia de las actuaciones desplegadas por la funcionaria y actuaciones propias del trámite de constitución del resguardo.
- Nivel de consanguinidad definido por la norma y el que presuntamente existe entre la funcionaria Lizbeth Omira Bastidas Jacanamijoy y alguno de los miembros de la comunidad indígena no identificado con claridad en la descripción de los hechos de la presente solicitud.
- Análisis de los soportes probatorios que permitan verificar niveles de consanguinidad y que se encuentran entre otros en el expediente de historia laboral de la funcionaria y que debe reposar en la Agencia Nacional de Tierras – ANT, toda vez que, se trata de una funcionaria vinculada por un cargo de libre nombramiento y remoción por lo cual su acto de posesión esta precedido por declaraciones como hoja de vida y declaración de bienes y rentas, formatos en los cuales además de los documentos propios de identificación se realiza declaración frente a vínculos familiares.

Sin embargo, dicho análisis corresponde por competencia a la Secretaría General de la Agencia Nacional de Tierras – ANT, con fundamento en la función legal asignada a esta dependencia por el Artículo 29 del Decreto 2363 de 2015, que establece:

Artículo 29. Secretaría General. Son funciones de la Secretaria General las siguientes:

(...)

16. Coordinar la función disciplinaria y aplicar el procedimiento con sujeción a lo establecido en la Ley 734 2002 o las normas que la modifiquen o sustituyan.

4. CONCLUSIÓN

Revisado el asunto de la referencia, esta Oficina Jurídica se permite concluir en relación con el asunto planteado, así:

1. Para el caso expuesto en su memorando y conforme a las consideraciones ya presentadas, es pertinente indicar que la figura del conflicto de intereses es la que mejor se ajusta a juicio de esta Oficina Jurídica a la situación planteada, toda vez que, las inhabilidades e incompatibilidades gozan de reserva legal y, en consecuencia, los hechos deben ajustarse a las ya establecidas por la norma.
2. Los funcionarios públicos de la Agencia Nacional de Tierras - ANT están sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de intereses y

| | | |
|-------------|-----------|------------|
| ADMBS-F-025 | Versión 3 | 23-08-2018 |
|-------------|-----------|------------|



Línea de Atención en Bogotá
(+57 1) 5185858, opción 0

Agencia Nacional de Tierras
Calle 43 No.57-41 Bogotá, Colombia
Sede Servicio al Ciudadano
Carrera 23 No. 54-55 Piso 1 Torre SH
www.agenciadetierras.gov.co

Agencia Nacional de Tierras
Código Postal 111321
Sede Servicio al Ciudadano
Código Postal 111511



prohibiciones tal como se expuso en los considerandos de este concepto.

3. Adicionalmente, es la Secretaría General de la ANT por sus funciones legales quien se encuentra facultada para responder de fondo las consultas que pudieran presentarse por motivos de conflictos de interés, definiendo si un servidor público en encuentra incurso en algún caso.

Finalmente, resulta pertinente indicar que los conceptos emitidos por esta Oficina Jurídica son orientaciones de carácter general, que no comprenden la decisión o solución de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares, por lo que el presente pronunciamiento se realiza de manera general respecto al tema objeto de su consulta.

En los anteriores términos emitimos el concepto solicitado y con el alcance establecido en el artículo 28 de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015.

Cordialmente,



JORGE ANDRÉS GAITÁN SÁNCHEZ
Jefe Oficina Jurídica ANT

Proyectó: Diana Diaz/ Abogada Contratista
Revisó: Doris Liliana Vega