



Radicado ANM No: 20221200282911

Bogotá, D.C.

Doctora

RESERVADO

Asunto: Respuesta a radicado No. 20221001935892 – Inhabilidad o incompatibilidad para formular o suscribir contratos de concesión.

Reciba un cordial saludo.

Respecto a su solicitud, me permito dar respuesta, precisando que el presente concepto jurídico es emitido en los términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, **razón por la cual carece de efectos vinculantes**, a saber:

1. Salvedades del concepto jurídico.

Antes de realizar el análisis respectivo, es menester precisar que el presente concepto es emitido en los términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, razón por la cual **carece de efectos vinculantes, y, por lo tanto, no sustituye los análisis a realizar por la entidad delegataria y la responsabilidad que ello conlleva.**

Ello quiere decir que, en ningún caso, la entidad delegataria podrán dar por entendido que un concepto emitido por la Oficina Asesora Jurídica **sustituye los análisis y responsabilidades de la misma**. Así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, advirtiendo que *“Los conceptos no configuran, en principio, decisiones administrativas pues no se orientan a afectar la esfera jurídica de los administrados, esto es, no generan deberes u obligaciones ni otorgan derechos. **En el evento que el concepto se emita a solicitud de un interesado, éste tiene la opción de acogerlo o no acogerlo y, en principio, su emisión no compromete la responsabilidad de las entidades públicas, que los expiden, ni las obliga a su cumplimiento o ejecución.**”* (Subraya y negrilla fuera del texto original).

De lo anterior, es dable a concluir que, los conceptos que emite esta Oficina (i) carecen de efectos vinculantes, (ii) no sustituyen los análisis y responsabilidades de la competente sobre casos particulares y (iii) el solicitante, como en efecto lo es la Secretaría de Minas, podrá acoger o no, la interpretación de una norma (o normas) que se estudian en dichos conceptos.

De igual forma, la Corte Constitucional en Sentencia C-542 de 2005, describe que los conceptos desempeñan una función didáctica y orientadora que ocurre dentro de los términos señalados por la Constitución.

En tal sentido, los conceptos son posiciones interpretativas que deberán estar ceñidas a los postulados vigentes y aplicables que ofrezca el ordenamiento jurídico.

Así entonces, la interpretación de una norma – por medio de un concepto – se deberá realizar respetando los fundamentos jurídicos y normativos aplicable al caso en concreto, y ello será una interpretación de la misma, sin que signifique, de manera alguna, que sea obligatorio para la persona interesada en dicho concepto. Por lo anterior, y entendiendo que el concepto es meramente orientador, será el interesado quien decida si acoge o no dicha interpretación.



Radicado ANM No: 20221200282911

concepto solicitado.

2. De las Competencias de la Agencia Nacional de Minería.

En primer lugar, se debe precisar que el artículo 1 del Decreto Ley 4134 de 2011¹, creó a la Agencia Nacional de Minería ANM, como una agencia estatal de naturaleza especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, técnica y financiera, adscrita al Ministerio de Minas y Energía.

Ahora, debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del mencionado Decreto² el objeto de la Agencia Nacional de Minería es administrar integralmente los recursos minerales de propiedad del Estado, promover el óptimo y sostenible aprovechamiento de los recursos mineros de conformidad con las normas pertinentes, en coordinación con las autoridades ambientales, sin que contemple la facultad de mediación o intervención en los conflictos que surjan con los titulares en desarrollo del contrato de concesión

Que, en igual sentido, el Código de Minas, tiene como objetivo *"fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada; estimular estas actividades en orden a satisfacer los requerimientos de la demanda interna y externa de los mismos y a que su aprovechamiento se realice en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos."*

Así pues, el ámbito de aplicación de la misma norma está destinada a *"... reglar las relaciones jurídicas del Estado con los particulares y las de estos entre sí, por causa de los trabajos y obras de la industria minera en sus fases de prospección, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte y promoción de los minerales que se encuentren en el suelo o el subsuelo, ya sea de propiedad nacional o de propiedad privada"*³

En conclusión, corresponde a la autoridad minera adelantar la adecuada administración y conservación de los recursos objeto de la actividad minera a cargo del concesionario, y garantizar el cumplimiento de la normativa aplicable a dicha actividad, sin que pueda intervenir en aquellos asuntos que por ley y su reglamentación, no le han sido asignados.

3. De las inhabilidades e incompatibilidades

La Constitución Política, cuyo pilar enmarca el régimen de las inhabilidades e incompatibilidades para ejercer funciones o para entablar una relación con el Estado, define en su artículo 122 lo siguiente:

"Artículo 122: (...) Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño."

¹ Modificado por el Decreto 16881 de 2020

² Por la cual se crea la Agencia Nacional de Minería, ANM, se determina su objetivo y estructura orgánica





Radicado ANM No: 20221200282911

Así mismo, su artículo 127, dispone:

*“Artículo 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.**”*

De igual forma, el artículo 128, define:

ARTÍCULO 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.”*

Ahora, el artículo 21 de la Ley 685 de 2001, define:

“ARTÍCULO 21. INHABILIDADES O INCOMPATIBILIDADES. Serán causales de inhabilidad o incompatibilidad para formular propuestas o celebrar contratos de concesión minera, las establecidas en la ley general sobre contratación estatal que fueren pertinentes y la especial contemplada en el artículo 163 de este Código.” (Subraya y negrilla fuera del texto)

Por otra parte, encontramos que la ley 80 de 1993, en su artículo 8⁴ hace referencia a dicho régimen y establece cuáles son las inhabilidades e incompatibilidades, de la cual enlista las inhabilidades para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales.

El artículo 10 de la misma Ley, dispone las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades:

“ARTÍCULO 10. DE LAS EXCEPCIONES A LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.”

Así entonces, entraremos a definir qué se entiende por inhabilidades y por incompatibilidades.

4. De las inhabilidades

Las inhabilidades son condiciones o situaciones que impiden que una persona natural desempeñe ciertos cargos o ciertas funciones, en forma temporal o definitiva, y responde a razones de conveniencia pública y de ética administrativa relacionadas con condenas o pena privativa de la libertad, sanciones disciplinarias, lazos de parentesco y celebración de contratos, entre otras.⁵

Así entonces, en Colombia tenemos que las inhabilidades son preceptos de orden Constitucional y legal, y, por consiguiente, ellas implican incapacidad, ineptitud o impedimento para el desempeño de un empleo o imposibilitan el ejercicio de las funciones.

⁴ Modificado por la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011, la Ley 1778 de 2016, la Ley 2014 de 2019,



Radicado ANM No: 20221200282911

Así la cosa, las causas que producen inhabilidad son de diferente orden y especie, que generalmente obedecen a razones de tipo natural, jurídico o moral entre otras, la incursión en ellas constituye falta disciplinaria y dicha conducta debe ser investigada dentro del proceso disciplinario correspondiente.⁶

La Corte Constitucional en Sentencia C-903 de 2008, con ponencia del Dr. Jaime Araujo Rentería, al respecto concluyó:

“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 tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos, y que las mismas pueden tener naturaleza sancionatoria, en materia penal, contravencional, disciplinaria, correccional y de punición por indignidad política; en los demás casos no tienen dicha naturaleza...”

Así mismo, el Departamento Administrativo de la Función Pública, define:

“(...) las inhabilidades son restricciones fijadas por 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, 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.”⁷

De acuerdo con este concepto de inhabilidades, la Carta Política establece en su artículo 126:

“ARTÍCULO 126.- Modificado por el art. 2, Acto Legislativo 02 de 2015. El nuevo texto es el siguiente: Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos...”

Así entonces, y de acuerdo con lo establecido constitucionalmente, existe una prohibición (inhabilidad) frente a aquel servidor público para contratar a personas con quienes tenga algún tipo de relación, mencionado en el artículo relacionado.

5. De las incompatibilidades

Por otra parte, las incompatibilidades son impedimentos o prohibiciones morales, legales o de conveniencia que tienen las personas naturales cuando están desempeñando un cargo público y aun después de haber cesado en su ejercicio.⁸

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-903 de 2008. M.P. Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

⁷ Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto 020541 de 2021.

⁸ Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto 020541 de 2021.





Radicado ANM No: 20221200282911

Por lo cual, podemos decir que estas se refieren a la exclusión natural, legal o reglamentaria de una cosa a causa de otra, esa contradicción, 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.

Así mismo, la Corte Constitucional ha expresado:

“Las incompatibilidades consisten en una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado”⁹

El mismo Alto Tribunal de lo Constitucional, en Sentencia C-893/03 definió: *“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”*

Debido a lo anterior, podemos concluir que la incompatibilidad no es más que la imposibilidad que tiene un servidor público para llevar acabo dos funciones, sea con una entidad pública o privada, de situaciones familiares o negocios que tengan conexidad con la entidad a la cual presta sus servicios como servidor.

6. De la resolución de las inquietudes planteadas

“Precisar el alcance que tendría el artículo 21 de la Ley 685 de 2001 con respecto al proponente FREDDY OSVALDO RODRIGUEZ HENAO, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 98.471.980, considerando que al momento de la radicación de la propuesta de contrato de concesión 501350, se desempeñaba como Contralor Auxiliar de la CONTRALORÍA GENERAL DE ANTIOQUIA.

Sin perjuicio de los análisis propios que realice la Gobernación de Antioquia como autoridad minera delegataria, si al momento de formular la propuesta de contrato de concesión, el interesado era servidor público, en ese momento incurriría en la inhabilidad establecida en el artículo 21 de la Ley 685 de 2001.

Informar si el señor FREDDY OSVALDO RODRIGUEZ HENAO, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 98.471.980, presenta algún tipo de inhabilidad o incompatibilidad para suscribir el contrato de concesión minera de la propuesta identificada con la placa 501350, considerando que el área de su propuesta se encuentra ubicada en jurisdicción del Municipio de San Roque y que al momento de suscribir el acta de concertación el señor FREDDY OSVALDO RODRIGUEZ HENAO se desempeñaba como alcalde de dicho municipio”

De conformidad con las disposiciones constitucionales y legales expuestas con anterioridad, y si el día de hoy el interesado no es servidor público, este podrá suscribir contratos estatales, por lo que el supuesto expuesto no generaría inhabilidad o incompatibilidad. Esto, sin perjuicio de los análisis propios que realice la Gobernación de Antioquia al caso en particular.





Radicado ANM No: 20221200282911

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

Atentamente,

JUAN ANTONIO ARAUJO ARMERO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Anexos: "0".

Copia: No aplica

Elaboró: Laureano Cerro - OAJ

Revisó: "No aplica".

Fecha de elaboración: N/A

Número de radicado que responde: 20221001935892

Tipo de respuesta: "Total"

Archivado en: Conceptos Jurídicos OAJ