



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Oscar Darío Amaya Navas

Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil veinte (2020)

Radicación interna: 2447

Número Único: 11001-03-06-000-2020-00138-00

Referencia: Ministros de Despacho. Régimen del Conflicto de intereses.

El Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio formula a la Sala de Consulta y Servicio Civil dos interrogantes relacionados con las medidas a adoptar en el marco de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, con el fin de conjurar los efectos de la crisis económica y social, generada por la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud, OMS, ante la propagación mundial del virus denominado COVID-19, conforme al Decreto núm. 417 de 2020 expedido por el Gobierno Nacional.

I. ANTECEDENTES

La consulta presentada por el Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio se basa en los siguientes hechos:

1. En los términos del artículo 215 de la Constitución Política, el Presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, podrá declarar el estado de emergencia económica, social y ecológica, en caso de que sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Política, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública.
2. De conformidad con la aplicación de lo dispuesto en el referido precepto constitucional, fue expedido el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, mediante el cual se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, con el fin de conjurar los efectos de la crisis económica y social generada por la pandemia del virus COVID-19. En

este sentido, el Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio advirtió en las consideraciones de la consulta lo siguiente:

Los efectos económicos negativos generados por el nuevo coronavirus Covid-19 a los habitantes del territorio nacional requieren ser atendidos mediante la adopción de medidas extraordinarias encaminadas a atender las obligaciones de diferente naturaleza, como tributarias, financieras, entre otras, con el fin de proteger el sector salud, promover la industria y el comercio del país y permitir absorber las pérdidas económicas y la fuerza laboral afectada por esta pandemia.

Que las consecuencias económicas de la emergencia sanitaria y en particular de las medidas de aislamiento afectan la generación de ingresos de un importante número de ciudadanos y por ende el cumplimiento de obligaciones periódicas derivadas de contratos de arrendamiento de inmuebles tanto de destinación habitacional como comercial.

En el marco de esta coyuntura es de predecir que ocurrirán incumplimientos contractuales que pueden devenir en la restitución de los inmuebles, lo que agravaría la situación de los arrendatarios y en general el ciclo económico del país.

3. Agrega que el Gobierno Nacional, en la búsqueda de salvaguardar los derechos fundamentales de los arrendatarios, pretende adoptar medidas de protección tendientes a evitar los desalojos y procedimientos policivos, aplazar los reajustes en los valores de los cánones de arrendamiento, la suspensión del cobro de intereses moratorios y penalidades, así como prorrogar automáticamente los contratos de arrendamiento cuando su vencimiento ocurra durante la vigencia de la emergencia, social y económica, hasta un mes después de terminada la declaratoria de la misma.
4. Advierte que las medidas que el Gobierno Nacional busca adoptar mediante un decreto legislativo regularán situaciones jurídicas de carácter general y del giro ordinario de los negocios jurídicos, tales como el contrato de arrendamiento de vivienda urbana y el contrato de arrendamiento de locales comerciales, tipologías contractuales en las cuales los funcionarios de la rama ejecutiva del orden nacional, en particular los ministros, es frecuente que intervengan como parte arrendadora o como parte arrendataria.
5. Indica que, en la expedición del decreto legislativo que contenga la normativa anteriormente expuesta, en el marco de la declaración del estado de emergencia económica, social y ecológica, intervendrán con su firma todos los ministros, razón por la cual es necesario determinar si podrían beneficiarse con los efectos de las medidas de carácter general a impulsar.
6. Concluye que, en virtud de lo expuesto, algunos de los ministros o las personas señaladas en el numeral 1 del artículo 11 del Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo tienen la calidad de arrendatarios o de arrendadores.

7. En este particular contexto, el Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio pregunta lo siguiente a la Sala:

«i) se requiere la declaración de impedimento de los ministros cuando las personas relacionadas en el numeral 1 del artículo 11 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo tengan la calidad de arrendatarios o arrendadores, para firmar decretos con fuerza de ley en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica, respecto de normas de carácter general sobre el contrato de arrendamiento de vivienda urbana y el contrato de arrendamiento de locales comerciales; y

ii) en el evento que los dieciocho (18) ministros, o la mitad más uno (1) de los ministros se tengan que declarar impedidos para firmar decretos con fuerza de ley en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica, respecto de normas de carácter general sobre el contrato de arrendamiento de vivienda urbana y el contrato de arrendamiento de locales comerciales, cuál sería el trámite a seguir en estas dos (2) circunstancias».

II. CONSIDERACIONES

A. Problemas jurídicos

Del contexto fáctico de la consulta y de las preguntas formuladas, la Sala entiende que los problemas jurídicos a resolver consisten en:

- i) establecer el régimen legal sobre conflicto de intereses aplicable a los ministros, conforme a la naturaleza jurídica de los decretos que se expiden durante la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica, con sujeción al artículo 215 de la Carta Política; y
- ii) resuelto lo anterior, si dichos servidores públicos deben declararse impedidos para suscribir los decretos legislativos que contengan normas de carácter general sobre el contrato de arrendamiento de vivienda urbana y de locales comerciales, y si la respuesta fuere afirmativa, cuál sería el trámite y el procedimiento a seguir.

A fin de resolver las dos preguntas formuladas en esta oportunidad, la Sala estima necesario abordar los siguientes temas: i) el estado de emergencia económica, social y ecológica, su fundamento constitucional, legal y jurisprudencial; ii) el régimen del

conflicto de interés para los servidores públicos y la doctrina sobre el conflicto de intereses en los conceptos y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Con fundamento en el estudio de estos temas, la Sala procederá a resolver los interrogantes planteados por el Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio.

El estado de emergencia económica, social y ecológica.

- **Fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales.**

La Carta Política de 1991 establece que, cuando sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213 relativos a los estados de excepción, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, declarar el estado de emergencia, social y ecológica:

Artículo 215.

Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.

El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas.

El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas

materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo.

El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo.

El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia.

El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo.

Parágrafo. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

A su vez, la Ley Estatutaria núm. 137 de 1994¹ sobre estados de excepción estableció los parámetros y requisitos de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica está incorporado así:

Artículo 46.

Declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyen grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

En el decreto declarativo el Gobierno deberá establecer la duración del Estado de Emergencia, que no podrá exceder de treinta días y convocará al Congreso, si no se halla reunido para los 10 días siguientes al vencimiento del término de dicho Estado. De conformidad con la Constitución, en ningún caso, los Estados de Emergencia sumados podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Artículo 47.

Facultades. En virtud de la declaración del Estado de Emergencia, el Gobierno podrá dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Los decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con dicho Estado.

¹ Por medio de la cual se reglamentan los estados de excepción en Colombia.

Parágrafo. Durante el Estado de Emergencia, el Gobierno podrá establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos casos las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

Artículo 48.

Informes al Congreso. El Gobierno le rendirá al Congreso un informe motivado sobre las causas que determinaron la declaración y las medidas adoptadas.

El Congreso examinará dicho informe en un plazo hasta de treinta (30) días, prorrogables por acuerdo de las dos Cámaras, y se pronunciará sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas adoptadas.

Artículo 49.

Reforma, adiciones o derogaciones de medidas. El Congreso podrá, durante el año siguiente a la declaratoria del Estado de Emergencia, reformar, derogar, o adicionar los decretos legislativos que dicte el Gobierno durante dicho Estado, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa gubernamental.

También podrá, en cualquier momento, ejercer estas atribuciones en relación con las materias que sean de iniciativa de sus miembros.

Artículo 50.

Derechos sociales de los trabajadores. De conformidad con la Constitución, en ningún caso el Gobierno podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos legislativos dictados durante el Estado de Emergencia.

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional² ha precisado la naturaleza y alcance de los decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional, durante los estados de excepción y la emergencia económica, social y ecológica, previstos en los artículos 212, 213 y 215 de la Carta Política. En esta dirección ha señalado:

El control de los decretos legislativos se caracteriza por ser especialmente exigente, pues las *subreglas* pertinentes se han definido en torno a la consideración de que el régimen constitucional permite la restricción temporal, razonable y proporcionada de ciertas normas de la constitución política, referentes al reparto de competencias entre los órganos y ramas que ejercen el poder público, e incluso de los derechos fundamentales, pero únicamente bajo circunstancias extraordinarias, de particular gravedad para la vigencia del mismo orden constitucional, y con el propósito exclusivo de superarlas.

En ese sentido, las condiciones que la Constitución (entiéndase la Carta Política, los tratados de derecho internacional de derechos humanos ratificados por Colombia y la Ley Estatutaria de Estados de excepción) han definido para su desarrollo a través de **decretos legislativos** son la demostración plena acerca de que, aunque en estas situaciones es necesario conferirle al Gobierno facultades especiales y márgenes

² Corte Constitucional, sentencia C-742 de 2 de diciembre de 2015

amplios de valoración de los medios para conjurar la emergencia, todas sus decisiones deben ubicarse dentro de los cauces claramente definidos para evitar una limitaciones injustificadas a los principios constitucionales comprometidos en la declaratoria de excepción.

De la misma forma, ha destacado que los estados de excepción no están al margen del ordenamiento jurídico, y las facultades con que cuenta el Gobierno Nacional para el ejercicio de las competencias asignadas tienen unos límites al señalar:

Los estados de excepción, en un Estado Social y Democrático de Derecho, no están al margen del ordenamiento jurídico³, de tal suerte que sea posible hablar de “razones de Estado”⁴, sino que tienen su fundamento, su alcance y su límite en normas jurídicas⁵. Como se precisa en la Sentencia C-233 de 2011, en el ejercicio de las competencias excepcionales que son propias de estos estados, no es posible “(i) *suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales*; (ii) *interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público y los órganos del Estado*; y (iii) *suprimir o modificar los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento*. Estas prohibiciones se han expresado a través de los denominados *juicios de ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, no contradicción específica y no discriminación*”. Cuando se trata de estados de emergencia económica, social y ecológica, como es el caso, tampoco es posible “*desmejorar los derechos de los trabajadores*”⁶

Los poderes excepcionales que en los estados de excepción y de emergencia económica tiene el Presidente de la República al expedir los decretos derivados de tal declaratoria, con la firma de todos los ministros, tienen justificación, con los correspondientes controles políticos y jurisdiccionales, por las circunstancias extraordinarias que le permiten asumir funciones legislativas.

Revisados los principios constitucionales y legales, así como el fundamento jurisprudencial del estado de emergencia económica, social y ecológica, la Sala abordará el análisis de la naturaleza de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional al amparo de la emergencia económica, social y ecológica, y el régimen del conflicto de intereses para los servidores públicos, en particular, para los ministros del Gobierno Nacional.

- **Naturaleza de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional al amparo de la emergencia económica, social y ecológica.**

Junto a la potestad reglamentaria y al resto de actos de estirpe administrativa para los que tiene asignada competencia, el Presidente de la República puede expedir decretos con fuerza de ley, los que constituyen leyes en sentido material, como

³ Artículo 7 de la LEEE.

⁴ Sentencia C-940 de 2002.

⁵ Artículos 215 de la Constitución Política, 3 y siguientes de la LEEE.

⁶ Inciso 9 del artículo 215 de la Constitución Política.

ocurre, justamente, con los decretos legislativos que expide como consecuencia de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica, como expresamente consagra la Carta Política.⁷

Estos decretos tienen naturaleza legislativa, es decir que **gozan de fuerza igual a la de las leyes**, mientras que los decretos especiales, los reglamentarios y los ejecutivos, constituyen actos de naturaleza administrativa.

De conformidad con lo anterior, durante el tiempo que permanezca vigente el estado de emergencia económica, social y ecológica, el Presidente de la República y los ministros pueden expedir normas con carácter de leyes -investidos expresamente por la Carta Política y por la ley estatutaria de los estados de excepción-, para conjurar las situaciones en las que se perturbe o amenace perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país.

Concluido al análisis sobre la naturaleza de los decretos que con jerarquía legal que puede expedir el Presidente de la República, al amparo de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica, la Sala procederá a efectuar el estudio del régimen de conflictos de interés para los servidores públicos, su consagración constitucional y legal, así como los requisitos para su configuración.

- **El régimen del conflicto de interés para los servidores públicos**

El conflicto de intereses es una institución jurídica que busca garantizar la prevalencia el interés general sobre el interés particular, y que debe analizarse en forma concreta.

En términos generales es aquella situación concreta en que concurren el interés particular y el interés público, de manera que, en cuanto afecta la decisión a tomar, obliga al servidor público a declararse impedido.

⁷ Artículo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, **dictar decretos con fuerza de ley**, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

[...]

El régimen de conflicto de intereses para servidores públicos trata de impedir que prevalezca el interés privado sobre los intereses públicos, para quien, prevalido de su influencia, podría obtener provechos indebidos para sí o para terceros, favoreciendo intereses que no sean los relativos al bien común, o bien, buscando evitar que la imparcialidad de sus decisiones se comprometa y distorsione por motivos personales o particulares.

La Constitución Política define quiénes son servidores públicos -para el cumplimiento de los fines del Estado-, y delega en la ley la determinación de su régimen de responsabilidad así:

«Artículo 123.

Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

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.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio»

«Artículo 124.

La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva»

Los ministros, por disposición constitucional, conforman con el Presidente de la República el Gobierno (art. 115), son órganos de comunicación con el Congreso, son los jefes de la administración de su respectiva dependencia y a ellos corresponde formular las políticas atinentes a su despacho (art. 208).

De conformidad con lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil en el Concepto 1572 de 28 de abril de 2004, el principio de imparcialidad se proyecta en disposiciones constitucionales como aquellas que prevén directamente mecanismos para garantizar su efectivo cumplimiento, como ocurre en el caso de las inhabilidades e incompatibilidades (arts. 122, 126, 127, 292, 293) y la consagración del conflicto de intereses previsto como causal de pérdida de investidura para los congresistas (art. 183), a quienes se les impone el deber de 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 consideración⁸.

Para efectos de su desarrollo normativo, se confiere a la ley la determinación de lo relacionado con los conflictos de intereses y recusaciones de los congresistas (art. 182).

- **Regulación general del conflicto de intereses en la Ley 734 de 2002 – Código Disciplinario Único**

Si bien el conflicto de intereses tiene consagración constitucional, existen normas de jerarquía legal que, igualmente, lo prevén tanto en algunos regímenes especiales - congresistas⁹, concejales¹⁰, servidores judiciales¹¹ - como con alcance general para todos los servidores públicos.

⁸ La Sala delimitó o los elementos de esta institución, en los siguientes términos: **“2. 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 congresistas 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.”

⁹ El artículo 286 de la ley 5ª de 1992 y el artículo 16 de la ley 144 de 1994 regulan el conflicto de interés aplicables a los congresistas.

¹⁰ El artículo 70 de la ley 136 de 1994 califica expresamente el conflicto de intereses para los concejales.

¹¹ En relación con los funcionarios y empleados judiciales, la Corte Constitucional en la sentencia C - 037 de 1996 al resolver sobre la exequibilidad del artículo 154 de la ley 270 de 1996 que prevé las prohibiciones orientadas a garantizar la imparcialidad del servidor judicial, expreso sobre el conflicto de intereses: “Tal como se señaló anteriormente, al establecerse determinadas prohibiciones a los funcionarios y empleados de la rama judicial, de un lado se busca garantizar la continua y eficiente prestación de un servicio público de especial interés para los asociados, y, del otro, **pretende erradicar los posibles conflictos de intereses, parcialidades o subjetivismos que de una forma u otra comprometan el papel transparente de árbitro que debe cumplir el juez** en la resolución de los conflictos judiciales. Se trata, pues, de prohibiciones que propugnan la real aplicabilidad del artículo 228 de la Carta Política y para lo cual, como se ha visto, el legislador tiene plena competencia para determinarlas.” (...) **“El Numeral 13 es exequible, en razón de que busca garantizar la imparcialidad y evitar el conflicto de intereses** de funcionarios y empleados cuando deban conocer de asuntos que coincidan con sus preferencias, inclinaciones o intereses políticos.”

El Código Disciplinario Único establece normas conforme a las cuales los servidores públicos han de ejercer sus funciones y, entre ellas, determina el alcance del régimen disciplinario dentro del marco de la función pública, según dispone el artículo 22 de la Ley 734 de 2002 así:

«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 y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, **impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.**” (destaca la Sala)

El legislador impone al servidor público deberes positivos de conducta y, de la misma forma, consagra prohibiciones, impedimentos inhabilidades o situaciones de conflicto de intereses que imponen deberes negativos o conductas en las que no debe incurrirse, con el mismo propósito de preservar la observancia de los principios que gobiernan la función pública, todos ellos encaminados a garantizar la transparencia e imparcialidad del servidor público, así como la igualdad de trato del Estado frente a los administrados y a evitar que el interés privado o particular del servidor oriente su actuación.

Dentro de este contexto, igualmente, el Código Disciplinario Único regula expresamente la institución del conflicto de intereses, en los siguientes términos:

«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» (Resalta la Sala).

(Destaca la Sala). Por su parte, el artículo 217 de la ley 734 de 2002 contiene regulaciones sobre el conflicto de intereses aplicable a los conyueces.

En esa medida, dicho estatuto disciplinario tiene como destinatarios a todos los servidores públicos, con el fin de impedir que prevalezca el interés privado sobre los intereses públicos, y se aplica, igualmente, a los ministros de despacho del Gobierno.

Para la Sala, la institución del conflicto de intereses, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 734 de 2002 impone a todos los servidores públicos el deber de declararse impedidos en un asunto concreto, en todos aquellos eventos en los que tuviere 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 a los que alude el Código Disciplinario¹²

En este sentido, la mencionada disposición, aplicable para el ejercicio de cualquier función pública, exige dos requisitos para que pueda presentarse un conflicto de intereses: i) que el servidor público tenga un interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión a su cargo, o lo tenga 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; y ii) que dicho interés particular y directo entre en conflicto con el interés general propio de la función pública.

En este caso, al servidor público le corresponde señalar y dar los elementos de juicio que permitan demostrar o evidenciar que tiene un interés particular y directo en el asunto a gestionar, controlar, regular o decidir, y, por tanto, tiene la carga de manifestar las razones por las cuales estima que se encuentra en una situación que permite inferir que la actuación a él confiada y que, en principio, debe realizar, estaría en conflicto con el interés general, motivo por el que debe apartarse de la actuación.

- **Elementos del conflicto de interés**

La Sala, en el Concepto 1822 de 17 de mayo de 2007 delimitó los elementos integrantes del conflicto de interés indicando como tales:

i) Los **Destinatarios**, son todas aquellas personas que tengan la calidad de servidores públicos, que en los términos constitucionales (art. 123) comprende a los miembros de las corporaciones públicas, **los empleados y trabajadores del Estado** y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, entre los cuales se encuentran los Ministros del Despacho,

ii) El **Supuesto objetivo del conflicto**, está constituido por el carácter irreconciliable del interés particular con el interés general, que afecta los principios de imparcialidad,

¹² Vigente hasta el 1 de julio de 2021 al entrar a regir la Ley 1952 de 28 de enero de 2019 que expide el nuevo Código Disciplinario.

transparencia y de igualdad de trato de la administración frente a los administrados, y tienen lugar cuando aparecen situaciones particulares que impiden al servidor actuar conforme al interés público, como lo demanda el ordenamiento, o en palabras de esta Corporación «... el conflicto de intereses ocurre cuando el congresistas sea alcanzado (sic) **por alguna situación de orden moral o económico que le impida actuar sin prevención alguna, en forma objetiva e independiente, por el peso de la conveniencia o el beneficio personal o de los familiares en los grados indicados o de los socios**; y que corresponde a la respectiva Cámara decidir, en cada caso particular, sobre ese interés directo y privado en el asunto, de acuerdo con la trayectoria jurisprudencial... »¹³

iii) Debe existir un **interés particular y directo** del servidor público, o también **indirecto** cuando 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, de modo que el conflicto se estructura no sólo por configurarse alguno de los supuestos de hecho respecto del servidor, sino también respecto de sus allegados.

Sobre el carácter directo o indirecto del conflicto, la Sección Tercera de esta Corporación ha expresado:

El conflicto de interés es la situación de prohibición para el servidor público de adelantar una actuación frente a la cual detenta un interés particular en su regulación, gestión, control y decisión, el cual puede ser **directo** en caso de ser personal, o **indirecto** cuando el interés deviene de su cónyuge, o parientes dentro del tercer grado de consanguinidad etc.¹⁴ (Destacado de la Sala)

iv) Debe tratarse de un **asunto específico**, esto es, que el conflicto ocurra frente a una situación o actuación particular y concreta, pues no es dable predicarla de situaciones hipotéticas generales y abstractas, en donde no es posible identificar los elementos objetivos y subjetivos de las situaciones que entran en conflicto.

v) En cuanto a la actuación respecto de la cual se concreta el conflicto, ella ha de producirse en el ejercicio de las funciones que tengan relación con la **regulación, gestión, control o decisión** en un asunto específico, de manera que el interés del servidor o sus allegados ha de producirse en relación con cualquiera de las funciones referidas.

vi) El conflicto debe ser **actual y cierto**, pues la sola eventualidad de su ocurrencia futura o el hecho de que su configuración dependa de otras situaciones, hechos o actos, impide su estructuración¹⁵.

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de junio 1° de 2005 (Radicación número: 11001 - 03 - 15 - 000 - 2004 - 01214 - 00(PI), que cita la de 3 de septiembre de 2002, de la misma Sala (Rad. PI-044).

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de agosto 24 de 2005. Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02458-01(AP).

¹⁵ Sobre estas características del conflicto, esta Sala ha expresado en el Concepto Núm. 1673 de 29 de septiembre de 2005: "Concurrencia del interés general con el interés particular. Como bien lo expresa el nombre dado a la institución que se analiza, el interés general al que están sometidos los

En este sentido, el interés debe ser real y cierto para que se configure el conflicto, pues un interés futuro o eventual no tiene la característica de existencia requerida por la Ley 734 de 2002. Del mismo modo, desde la perspectiva subjetiva del servidor público o la esfera de su convicción íntima, puede afirmarse que el conflicto ha de aparecer de tal manera grave, que pueda afectar su discernimiento o imparcialidad al punto de separarlo del interés general y llevarlo al propio beneficio o el de sus allegados.

vii) Es de **carácter preventivo**, pues ante la situación de conflicto el legislador ofrece el mecanismo de la declaratoria de impedimento para separarse del conocimiento del asunto con el fin de evitar la actuación contraria al interés público, y con ello la imposición de sanciones.

viii) La consecuencia jurídica es el deber de declararse impedido.

- **Normas especiales aplicables a los ministros en materia del régimen de conflicto de intereses.**

En el caso de los ministros, han de observarse algunas disposiciones especiales que a continuación la Sala estudiará.

Los ministros integran el Gobierno junto con el Presidente de la República, son sus voceros ante el Congreso y son los jefes de la administración nacional en su respectivo sector. En ese sentido, la ley ha establecido la conformación del Consejo de Ministros, organismo integrado por todos los ministros, convocado por el Presidente de la República, el cual cumple las funciones que le otorgan la Constitución y la ley, y las que le fije el Presidente (Ley 489 de 1998, art. 47¹⁶).

miembros del congreso debe entrar en conflicto, esto es debe concurrir con el particular de alguno de sus integrantes, que debe ser actual y cierto por oposición a futuro y eventual, puesto que se presenta en el momento en que se está tramitando una ley, de donde se desprende que no se entiende que haya conflicto si éste se pudiese presentar en un futuro o que se hubiere podido dar con anterioridad. Es evidente que todos los asociados pueden ser sujetos pasivos de todas las leyes, por lo que siempre podrá decirse que una ley eventualmente puede beneficiar a cualquier asociado, incluidos los miembros del Congreso. Por esta razón, se requiere que el conflicto sea real y no simplemente una eventualidad de la aplicación de la ley. " El conflicto debe ser lo suficientemente grave que permita deducir que puede afectar el discernimiento del congresistas, ya que, según la experiencia humana, lo probable es que intervenga a su favor y no pensando en el bien común. Es lógico decir que en el conflicto de intereses se presenta un elemento objetivo y uno subjetivo: es objetiva la doble situación en que se encuentra el congresistas, quien debe soportar la tensión de los intereses que se oponen (el general de su función y el particular de su situación personal) y es subjetivo, pues no puede predicarse de la generalidad de congresistas, sino de quien se encuentre en la situación concreta que genere la contradicción con la función de interés general llamado a desempeñar ".

¹⁶ La ley 489 dispone: "**Artículo 47. Consejo de Ministros.** El Consejo de Ministros estará conformado por todos los Ministros convocados por el Presidente de la República. Mediante

Sobre este particular, dentro de las funciones previstas por la ley, se encuentra la de resolver los casos de impedimentos o recusaciones de los ministros, según lo dispone el artículo 8° de la Ley 63 de 1923 al establecer:

«Artículo 8.

En los casos de **impedimento** o recusación de un **Ministro del Despacho** para resolver cualquier asunto de los que por la constitución, por la ley, o por delegación del Presidente de la República se le haya encomendado, **corresponde al Consejo de Ministros - verdad sabida y buena fe guardada - decidir sobre la causal de impedimento** o recusación alegada. Pero en el caso de que el Ministro impedido o recusado hubiere de separarse del conocimiento del negocio, será el Presidente de la República y no el Consejo de Ministros, quien adscriba la decisión del asunto a otro cualquiera de los Ministros del Despacho» (Destaca la Sala)

De acuerdo a lo anterior, es clara la competencia del Consejo de Ministros para resolver sobre la existencia de la causal de impedimento y la del Presidente de la República para adscribir la decisión del asunto a cualquiera otro de los ministros.

En conclusión, corresponde al Consejo de Ministros en cada caso, resolver sobre la existencia de las causales de impedimento a la luz del principio de verdad sabida y buena fe guardada.

Resalta la Sala que, a diferencia del régimen para congresistas¹⁷, el cual no es posible aplicar mediante interpretación extensiva¹⁸, no existe en el ordenamiento jurídico, regulación específica sobre el conflicto de intereses aplicable a los ministros del Gobierno Nacional cuando concurren con su firma en la expedición de los decretos con fuerza de ley que dicte el Presidente de la República durante los estados de excepción, destinados exclusivamente a conjurar la crisis que dio lugar a su declaratoria y a impedir la extensión de sus efectos.

En este sentido, como quiera que esta actuación de los ministros se trata del desarrollo de una función pública de carácter legislativo, de la que hace uso en forma temporal, precisa y extraordinaria el Presidente de la República, y no de una función de naturaleza administrativa, la Sala concluye que no es posible dar

convocatoria expresa podrán concurrir también los directores de departamento administrativo, así como los demás funcionarios o particulares que considere pertinente el Presidente de la República. // Sin perjuicio de las funciones que le otorgan la Constitución Política o la ley, corresponde al Presidente de la República fijar las funciones especiales del Consejo y las reglas necesarias para su funcionamiento”.

¹⁷Mediante la Ley 5ª de 1992¹⁷, modificada mediante la Ley 2003 de 2019 las que establecen la obligación para todo congresistas de declarar los conflictos de intereses que pudieran surgir en ejercicio de sus funciones.

¹⁸ en relación con la interpretación extensiva de normas prohibitivas, ver Concepto de Sala núm. 2166 de 24 de julio de 2013.

aplicación a las disposiciones contenidas en el artículo 11 del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, que tienen como destinatario al servidor público para el ejercicio de una función típicamente administrativa.

Sin embargo, ello no impide en este caso, que los ministros de despacho, en atención a que actúan en el marco de una función legislativa de la que se reviste extraordinariamente al Presidente de la República, se les aplique la norma general contenida en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, que regula los conflictos de interés para ejercicio de funciones públicas de todos los servidores públicos y que impone el deber de manifestar una situación de impedimento, cuando a ello haya lugar.

Para el caso objeto de la presente consulta, la circunstancia se predicaría al momento de expedir decretos legislativos, o sea normas de carácter legal, durante el estado de emergencia económica, social y ecológica en las que, no obstante ser de carácter general, haya confrontación entre el interés general y el interés particular, para lo cual, a continuación la Sala abordará el estudio de la doctrina sobre el régimen de conflicto de intereses.

- **La doctrina sobre conflicto de intereses en los conceptos y en la jurisprudencia del Consejo de Estado.**

En oportunidades anteriores se ha referido la Sala de Consulta y Servicio Civil a posibles conflictos de interés de congresistas en el trámite legislativo, en pronunciamientos que son referentes para el caso concreto.

Es necesario resaltar que la doctrina de esta Sala, para efectos de definir si puede o no existir un conflicto de interés, ha efectuado una diferenciación según el campo de aplicación de la ley, pues ha estimado que **cuando la ley se aplica a la generalidad, o mejor a la universalidad de la población, difícilmente puede presentarse un conflicto de intereses**, pero si se regula un sector de la sociedad, para los casos en que la Sala se ha pronunciado, en los que se tengan intereses en dicho sector social, fácilmente pueden configurarse un conflicto, y estarían obligados los servidores públicos a plantear su impedimento¹⁹.

¹⁹ Concepto 1170 del 3 de febrero de 1999. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil: «Es manifiesto que la aplicación del artículo 286 de la ley 5ª de 1992 **no puede ser indiscriminada y de una amplitud inusitada, en el sentido de significar que si un proyecto de ley resulta aplicable a un congresistas, éste debe declararse impedido, pues ello llevaría a que no podrían los congresistas aprobar ninguna ley, ya que por su generalidad, cualquier ley los afectaría de una u otra manera. En este evento es oportuno consultar el carácter general y abstracto de una ley: si ésta es de aplicación a la generalidad de los habitantes y en consecuencia, resulta aplicable a los congresistas, no se presenta el impedimento, por cuanto éstos se encuentran en igualdad de condiciones con los particulares sujetos de la ley; pero si el proyecto de ley tiene un beneficio concreto, específico, para un congresistas, éste debe declararse impedido»**

Ejemplo del primer caso, es el de las leyes de impuestos, que dada su universalidad se aplican a todos los legisladores²⁰, mientras que, y a manera de ejemplo se cita una ley sobre la televisión, que por regular una industria, aunque sea de manera general, quienes tengan interés en su reglamentación deben poner de presente esa situación, so pena de pérdida de su investidura.²¹

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto 1572 de 28 de abril de 2004, se ha ocupado de definir en qué consiste el interés particular que puede entrar en conflicto con el general propio de la función de legislar, señalando que se configura el interés privado cuando concurren: i) «una exigencia para la satisfacción de necesidades humanas»; ii) el asunto a considerar sea «afectable», lo que significa que en el trámite de la ley pudiera existir una regulación especial que beneficie al servidor público por ser diferente de aquella que se aplica a todos los demás asociados y; iii) «privado», por oposición al interés público propio de su función, y que se encuentre radicado en cabeza del congresista o alguno de sus allegados dentro de los grados definidos por la ley.²²

Igualmente ha profundizado en las implicaciones que, en materia de conflictos de interés, se siguen de los trámites de expedición de leyes de la República, para precisar en qué casos se puede configurar un conflicto que implique la declaratoria de impedimento.

En este sentido, en el Concepto 1191 de 27 de mayo de 1999 la Sala señaló:

El interés directo habría que verificarlo frente al ámbito de aplicación de la ley que se proyecta expedir. De esa confrontación debe surgir la conclusión de si hay o no un conflicto de intereses.

En otras palabras, es preciso medir el alcance del proyecto **en cuanto a la generalidad de personas que cubre**, de tal manera que se aprecie si conlleva un beneficio económico, concreto y específico, para el parlamentario, y se piense que éste está legislando para su propio beneficio **y no para el bien común**.

²⁰ Concepto 1191 del 27 de mayo de 1999. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: César Hoyos Salazar. Consideraciones, Punto 1.2, numeral 2) literal b). Ver Sentencia AC1276 del 24 de marzo de 1994. Consejero Ponente: Jaime Abella Zárate. Punto 4.4. de las consideraciones de la Sala.

²¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 11 de marzo de 2003 radicación 11001-03-15-000-2002-0519-01(PI-047). Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: "De ahí que como las disposiciones de la Ley 680 de 2001 no contienen regulaciones frente a las cuales **todos** los congresistas estaban en pie de igualdad y, **en vista de que las mismas no envuelven un interés general que excluya la situación de conflicto**, en casos como este, donde el propio congresistas dio muestras de estar dedicado al negocio de la comercialización de los servicios de televisión por suscripción, "... era menester que aquél manifestara su impedimento para intervenir en los debates y votaciones relacionados con el trámite de proyectos de ley referidos a esa materia".

²² Concepto 1572 del 28 de abril de 2004, punto 3. "Requisitos para la configuración del conflicto de intereses en el caso de los congresistas".

Siguiendo a Von Ihering, para quien el derecho debe tender a la realización práctica de determinados fines, se observa que la teoría del conflicto de intereses debe ser interpretada en función de su finalidad, para que tenga una adecuada aplicación práctica.

La correcta aplicabilidad de la teoría del conflicto de intereses de los congresistas, encuentra justificación en la medida en que el congresista se inhiba de participar en los debates y votaciones de los proyectos que le reporten un provecho económico, distinto del recibido por la generalidad de los habitantes.

Por consiguiente, es necesario acudir al sentido de las normas consignadas en los artículos 133 y 182 del ordenamiento superior, para darle una justificación práctica a la teoría del conflicto de intereses de los congresistas que implantó la actual Carta política.

En el concepto 2042 de 21 de octubre de 2010 esta Sala igualmente indicó:

En el mismo fallo sostuvo el Consejo de Estado **que no existe interés particular cuando el proyecto en cuestión “sería aplicable a todos los ciudadanos...”**. En cambio, el congresista tendrá un interés particular cuando el proyecto de ley genere en su favor **“una posición de desigualdad frente a los demás congresistas o ciudadanos”**. Agrega esta providencia que el interés supremo y constitucional que da sustento a la existencia del conflicto de intereses, desarrollado en la ley 5ª de 1992, “tiene por finalidad que todas las actuaciones de los miembros del Congreso se realicen consultando la justicia y el bien común y dentro de cánones estrictos de probidad y transparencia”. Así las cosas, “el espíritu del conflicto de intereses es que el congresista no sobreponga su interés particular en detrimento del interés general”.²³

Es por ello que, reiteradamente, el Consejo de Estado ha sostenido:

“... para que exista un conflicto de intereses es necesario demostrar que la participación del congresista en el trámite legislativo le reporta un beneficio particular, directo e inmediato (ley 5ª de 1992, art. 286). De manera que pueda confrontarse el interés general al cual se encuentra obligado por razón de sus funciones, y el interés particular o privado que pretende obtener con su participación en el proceso legislativo, **logrando con ello una posición especial de desigualdad no sólo en relación con los demás parlamentarios sino frente a todos los ciudadanos en general.**”²⁴

²³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 24 de agosto de 2010, Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia, Radicación No. 11001-03-15-000-2009-01352-00 Pérdida de Investidura.

²⁴ Véase, al respecto, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 3 de agosto de 2004, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Radicación 11001-03-15-000-2003-1314-01 Pérdida de Investidura.

El conflicto de intereses, ha insistido el Consejo de Estado, ocurre cuando el beneficio obtenido por los congresistas con la aprobación del proyecto de ley **no pueda ser catalogado como general, sino de carácter “particular, directo e inmediato”**.²⁵ **El beneficio obtenido por los congresistas con el proyecto de ley es “particular” cuando la norma le atribuye un derecho exorbitante, de rango superior, que pugna con el principio de igualdad que ampara a todos los colombianos en el disfrute de sus derechos en el Estado Social de Derecho. El interés es directo cuando la norma parece tener nombre propio y beneficia, de una manera singular y excepcional, a un congresista o a unos congresistas determinados y no a otros congresistas, ni a ninguna otra persona. El interés es inmediato cuando, sin necesidad de regulaciones complementarias ni de procedimientos especiales, la futura aplicación de la ley le reporta congresista, automáticamente, beneficios o ventajas especiales.**

Por supuesto, no sería razonable ampliar esta regla hasta el extremo de impedir la participación de los congresistas en la aprobación de toda ley que pudiera serles aplicable, dado que los congresistas, en su condición de ciudadanos, son por regla general sujetos plenos de las leyes que ellos mismos aprueban. Entender el conflicto de intereses con tal alcance podría paralizar el funcionamiento de la actividad legislativa, sin beneficio alguno para el interés general ni para la defensa de la moralidad pública en el órgano legislativo.

Frente al carácter general de las leyes, y el presunto conflicto de interés que pudiera configurarse en el trámite de su aprobación, en el referido concepto, la Sala precisó:

En atención al carácter general de las leyes y al eventual beneficio que la aplicación de **una ley general** podría representar para los congresistas, debido precisamente a la amplitud de la norma, ha dicho el Consejo de Estado:

“...cabe observar que proyectos como el de la reforma tributaria mencionada podía afectar y de hecho debió ‘afectar de alguna manera’ a todos los congresistas que en ella intervinieron, ya por la creación de impuestos o de exenciones, pero si esa incidencia natural de las leyes elaboradas y dictadas por ellos mismos pudiera calificarse como causal de impedimento y, lo que es más grave, como causal de pérdida de investidura, la labor parlamentaria resultaría imposible. **En consecuencia, por ser absurda debe desecharse la interpretación que conduzca a tal resultado**”.

²⁶

En otra oportunidad sostuvo la Sala Plena que “no hay impedimento... para participar en la discusión y votación de los asuntos a cargo del Congreso, **cuando las circunstancias que derivarían provecho los congresistas sean generales y**

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 5 de agosto de 2003, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Radicación No. 11001-03-15-000-2003-0580-01 Pérdida de Investidura.

²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 24 de marzo de 1994, Consejero Ponente: Jaime Abella Zárate, Rad. N° AC-1276, Pérdida de Investidura.

comunes por igual a todos ellos”.²⁷

Es posible entonces que en el ejercicio de la función legislativa la decisión parlamentaria que se adopte afecte virtualmente, en forma directa o indirecta, a senadores y representantes o a sus familiares, como cuando la ley **“cobia por igual y de manera general” a toda una comunidad**, en este caso, a los usuarios de la salud. **Lo importante, considera esta Sala, es que en la respectiva determinación no se vea reflejada una situación de privilegio a su favor o en beneficio de los suyos”.**²⁸

Finalmente, en relación con el carácter de generalidad, abstracción e impersonalidad de la ley, en el Concepto 1563 de 30 de marzo de 2004 la Sala indicó:

Valga recordar que dentro de los caracteres de la ley es dable destacar los de **generalidad, abstracción e impersonalidad**, los cuales se cumplen a cabalidad en el caso del proyecto de ley en cuestión, pues, se repite, **no aparece por parte alguna que se estén regulando situaciones particulares**, sino que, por el contrario, el texto analizado constituye un cuerpo armónico que contiene un estatuto de carrera administrativa con la correlativa regulación del instituto del empleo público, cuya adopción es imperiosa para ordenar el ingreso y acceso a la administración pública, **en condiciones de igualdad de oportunidades**, principio garantizado de manera suficiente en el artículo 27. Es atributo esencial de ley asegurar la igualdad de trato, sin discriminaciones injustificadas.

De otra parte, **no sería viable pervertir el alcance de la generalidad de la ley para terminar anulando toda manifestación de la función legislativa, en la medida que toda disposición por tal carácter incide directa o indirectamente en situaciones particulares, incluso de los propios congresistas, sin que pueda afirmarse que por tal hecho se incurra de plano en conflicto de intereses.**

En relación con lo manifestado por el Gobierno Nacional en la consulta ,y teniendo en cuenta la doctrina de la Sala, es necesario reiterar, como ocurre en el caso presente, que todo el conglomerado social, todas las personas naturales y jurídicas serían las titulares de las medidas de carácter general, impersonal y abstracto que se expedirían en el marco de los contratos de arrendamiento de vivienda urbana y comercial que se encuentren en ejecución en el país, con las finalidades propuestas, y en esa medida las disposiciones que regulen tales temas son de beneficio de todos los ciudadanos, en condiciones de igualdad, excluyendo, para los ministros, la configuración de un conflicto de interés teniendo en cuenta el ámbito de aplicación

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 17 de octubre de 2000, Consejero Ponente: Mario Alario Méndez, Rad. N° AC-11.106 y otros, Pérdida de Investidura.

²⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 5 de abril de 2005, Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla, Rad. N° 11001-03-15-000-2004-01215-00, Pérdida de Investidura.

de la ley a expedir, salvo las particulares condiciones que en un caso concreto puedan concurrir, como se precisará más adelante.

Destaca la Sala que, conforme a las circunstancias fácticas de la consulta elevada por el Señor Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio, según la cual algunos de los ministros tienen actualmente la calidad de arrendatarios o arrendadores, por ese solo hecho, no se configura un impedimento para dichos servidores públicos, teniendo en cuenta que las disposiciones que se expedirían, en el marco de los decretos legislativos del estado de emergencia económica, social y ecológica, cubrirían a la generalidad de personas y habitantes, en condición de igualdad con los particulares sujetos de la ley en sentido material.

Igualmente, de acuerdo a la doctrina de la Sala, para que se configure el conflicto de interés, es necesario que las normas a expedir confieran al servidor público un derecho de rango superior o generen alguna situación de orden moral o económico que le impida actuar en forma objetiva e independiente, o impliquen beneficio personal propio o de los familiares en los grados indicados o de los socios²⁹ que pugne con el principio de igualdad que ampara a todos los habitantes, lo que no se presentaría, de manera exclusiva, para los ministros del Gobierno Nacional en los que concurra únicamente la calidad de arrendadores o arrendatarios.

Sin perjuicio de lo anterior, en casos con supuestos de hecho diferentes a la consulta presentada, en los que los ministros, o el grupo de personas que señala el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, estimen necesario plantear un posible conflicto de interés, por alguna situación de orden moral o económico que le impida actuar en forma objetiva e independiente, o impliquen beneficio personal propio o de los familiares en los grados indicados o de los socios³⁰ por razón de tener intereses de trascendencia particulares en el sector inmobiliario, dicha situación deberá ser estudiada en el seno del Consejo de Ministros, en cada caso concreto, a efectos de tomar una decisión que adscribirá el Presidente de la República conforme a la Ley 63 de 1923.

Conclusiones

Los decretos que expiden el Presidente de la República, en conjunto con los ministros, durante los estados de emergencia económica, social y ecológica son de naturaleza legislativa y no administrativa, en la forma que establece el artículo 215 de la Constitución Política.

El régimen legal de conflicto de intereses aplicable a los ministros que conforman el Gobierno Nacional no es el contenido en el artículo 11 del Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo, CPACA, regulatorio del ejercicio de

²⁹ Concepto de Sala núm. 1822 de 17 de mayo de 2007

³⁰ Concepto de Sala núm. 1822 de 17 de mayo de 2007

funciones administrativas por parte de los servidores públicos, sino el previsto para el ejercicio de función pública establecido en el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con la norma de carácter especial contenida en la Ley 63 de 1923.

En principio, no se predica un conflicto de interés en cabeza de los ministros de despacho del Gobierno Nacional, conforme el supuesto de la consulta, en la medida en que la sola condición de arrendadores o arrendatarios de aquellos no configura, por sí misma, un conflicto de interés, en tanto no se estarían regulando situaciones particulares y exclusivas teniéndolos como únicos destinatarios de la regulación en materia de arrendamiento de vivienda urbana y comercial.

De otra parte, con las mencionadas normas, no se obtendría una posición especial de desigualdad de los ministros frente a todos los ciudadanos en general, en tanto se expiden en beneficio del bien común al ser aplicables a todos los ciudadanos.

No obstante, en supuestos de hecho diferentes a la consulta presentada, en los que los ministros, o el grupo de personas que señala el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, estimen necesario plantear un posible conflicto de interés, por alguna situación de orden moral o económico que le impida actuar en forma objetiva e independiente, o impliquen beneficio personal propio o de los familiares en los grados indicados o de los socios³¹ como por ejemplo podría ocurrir en razón de tener intereses particulares en el sector inmobiliario, dicha situación deberá ser estudiada por el Consejo de Ministros, en cada caso concreto, a efectos de que el Presidente de la República determine adscribir la decisión a otro, conforme a la Ley 63 de 1923.

Con base en las consideraciones expuestas en el presente concepto

III. LA SALA RESPONDE:

1. Se requiere la declaración de impedimento de los ministros cuando las personas relacionadas en el numeral 1 del artículo 11 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo tengan la calidad de arrendatarios o arrendadores, para firmar decretos con fuerza de ley en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica, respecto de normas de carácter general sobre el contrato de arrendamiento de vivienda urbana y el contrato de arrendamiento de locales comerciales ?

No, por las siguientes razones:

³¹ Concepto de Sala núm. 1822 de 17 de mayo de 2007

Dado que los decretos que expida el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, y que pretendan regular los contratos de arrendamiento de vivienda urbana y comercial, durante el estado de emergencia económica, social y ecológica, son de estirpe legislativa -tienen carácter general, impersonal y abstracto-, y no de naturaleza administrativa.

En consecuencia, en el caso objeto de la consulta, no son aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 11 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, que tienen como destinatario al servidor público en ejercicio de función administrativa, sino el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, que regula los conflictos de interés en el ejercicio de funciones públicas para todo servidor público. La distinción que antecede es menester aun cuando las personas relacionadas con el servidor público a las que se refieren ambas normas, para efectos de que se configure el conflicto de intereses, coincidan íntegramente.

El mencionado artículo 40, pues, impone a los ministros el deber de manifestar las situaciones de impedimento a que hubiere lugar, en concordancia con la Ley 63 de 1923.

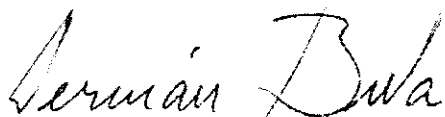
Para efectos de la competencia atribuida por el artículo 215 de la Constitución, y en los términos del artículo 40 de la Ley 734, el que personas relacionadas con los ministros *tengan la calidad de arrendatarios o arrendadores, que es el supuesto planteado en la consulta*, no configura un conflicto de intereses, dado que ese tipo de decretos -leyes en sentido material- no generan una posición especial de desigualdad frente a la ciudadanía en general, en tanto son de carácter general, impersonal y abstracto, y se entienden expedidos en beneficio del interés general y del bien común en los términos señalados en este concepto.

En tratándose de supuestos diferentes, que al tenor del Código Disciplinario puedan comprometer la imparcialidad de un determinado ministro, procedería la correspondiente declaración de impedimento, que habría de tramitarse conforme a la Ley 63 de 1923.

2. ¿En el evento que los dieciocho (18) ministros, o la mitad más uno (1) de los ministros se tengan que declarar impedidos para firmar decretos con fuerza de ley en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica, respecto de normas de carácter general sobre el contrato de arrendamiento de vivienda urbana y el contrato de arrendamiento de locales comerciales, cuál sería el trámite a seguir en estas dos (2) circunstancias?

Por sustracción de materia la Sala se abstiene de responder esta pregunta.

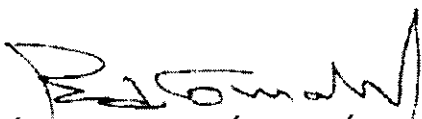
Remítase al Ministerio de Vivienda, Ciudad, Territorio y envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República



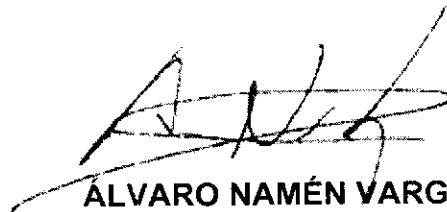
GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala



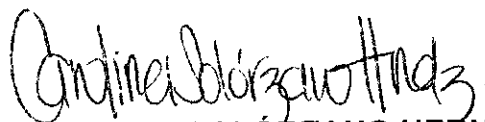
ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado



ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado



ALVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado



REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala

16 OCT. 2020

LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE AUTO DEL 16 DE OCTUBRE DE 2020