



Concepto 452581 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000452581

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000452581

Fecha: 17/12/2021 02:51:28 p.m.

Bogotá, D.C.

Referencia: CONFLICTO DE INTERÉS. REQUISITOS PARA SU CONFIGURACIÓN. Radicado. 20212060689552 de fecha 3 de noviembre de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si el secretario de planeación, Obras y Servicios Públicos de Alban puede expedir una licencia de construcción para unos predios de su propiedad y de propiedad de Alcaldesa Municipal ala ser la única entidad competente en el municipio me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, se debe precisar sobre la figura de conflicto de interés la cual encuentra su fundamento en la Ley 1437 de 2011, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 11. CONFLICTOS DE INTERÉS Y CAUSALES DE IMPEDIMENTO Y RECUSACIÓN. Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

1. *Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo 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.*
2. *Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.*
3. *Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto.*
4. *Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público.*
5. *Existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado.*
6. *Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.*
7. *Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.*
8. *Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado.*

9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.

10. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas.

11. Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, Agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración.

12. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa.

13. Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver.

14. Haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores.

15. Haber sido recomendado por el interesado en la actuación para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin.

16. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de Junta Directiva o socio de gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición”.

“Artículo 12. Trámite de los impedimentos y recusaciones. En caso de impedimento el servidor enviará dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento la actuación con escrito motivado al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo. A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al procurador regional en el caso de las autoridades territoriales.

La autoridad competente decidirá de plano sobre el impedimento dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su recibo. Si acepta el impedimento, determinará a quién corresponde el conocimiento del asunto, pudiendo, si es preciso, designar un funcionario ad hoc. En el mismo acto ordenará la entrega del expediente.

Cuando cualquier persona presente una recusación, el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado en el inciso anterior.

La actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida. Sin embargo, el cómputo de los términos para que proceda el silencio administrativo se reiniciará una vez vencidos los plazos a que hace referencia el inciso 1 de este artículo”. (Subrayado nuestro).

De lo anterior, se tiene que un servidor público se encuentra en una situación de conflicto de interés cuando el interés particular se contrapone al interés general en ejercicio de la función pública a su cargo, que en desarrollo de la misma el servidor debe garantizar que actuaciones administrativas que deben realizarse de manera objetiva sin contraponer su interés personal.

De este modo, la Ley 734 de 2002, establece en sus artículos 40 y 48:

“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.”

“ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones

constitucionales y legales. (...)”

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Doctor Rafael E. Ostau De Lafont Planeta, en sentencia con Radicación núm.: 25000- 23-15-000-2010-001610-01 del 17 de marzo de 2011, señaló:

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

"Por consiguiente, el conflicto de interés se presenta cuando el congresista se ve afectado por alguna situación de orden moral o económico que le impide tomar parte en el trámite o decisión de algún asunto sometido a su consideración, de tal manera que rompería la imparcialidad e independencia para atender su propia conveniencia o beneficio personal, o el de su cónyuge o compañero permanente, el de sus socios, o el de sus parientes en los grados antes señalados" Asimismo, se ha dicho que el aspecto deontológico de esa figura radica en que es deber de los referidos servidores públicos poner de manifiesto ante la corporación respectiva, las circunstancias que por razones económicas o morales pueden afectar su objetividad, imparcialidad o independencia frente al asunto oficial o institucional que les compete decidir. De suerte que la causal no se configura por el sólo hecho de encontrarse en una situación personal o familiar que puede ser directa y específicamente afectada por la respectiva decisión, sino por no manifestarla, a sabiendas de encontrarse en situación de impedimento para tomar parte en aquélla."

En este sentido, vemos que el Consejo de Estado define el conflicto de interés, como aquella situación a la que se puede ver enfrentado el servidor en donde se contraponen el interés general y el interés particular, generando que este se vea impedido de realizar la actividad administrativa de manera parcial u objetiva, situación que deberá ser revisada por las partes interesadas y por la administración, para determinar si se presenta el conflicto de interés en relación con su consulta.

Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en el numeral 8 de la citada Ley 1437 de 2011 el cual contempla que se puede estar incurrido dentro de una situación donde se evidencie el conflicto de interés *“amistad entrañable entre el servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado.”* Por lo que de ser el caso se considera revisar de manera rigurosa.

Es importante advertir, que el conflicto de interés a diferencia de la inhabilidad e incompatibilidad, no son supuestos enunciados por la norma en los cuales se pueda ver inmerso el servidor, por lo que las situaciones que genera el conflicto de interés no se encuentran de manera taxativa en la Constitución y la Ley, por lo que determinar si se está dentro de una situación en la que pueda llegar a configurarse un conflicto de interés dependerá únicamente del análisis jurídico - fáctico realizado por las partes interesadas.

Así las cosas, dando respuesta a su consulta se permite manifestar esta dirección que en caso de considerarlo procedente después de un análisis riguroso de la figura de conflicto de interés el servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés personal sobre la función administrativa.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de estar frente a una inhabilidad, se debe precisar sobre la naturaleza jurídica de la misma, por lo que es preciso mencionar que la Corte Constitucional define las inhabilidades como: *“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.”*¹

Por su parte la Corte Suprema de Justicia precisa sobre las inhabilidades lo siguiente: *“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”.* (Sent. junio 9/88 Dr. Fabio Morón Díaz).

En este orden de ideas y una vez revisadas las normas que ocupan la materia de consulta con ocasión a las inhabilidades e incompatibilidades para los empleados públicos, contenidas en los artículos 122, 126, 127, 128, 129 de la Constitución Política; el artículo 38 de la Ley 734 de 2002; así como el artículo 29 del Decreto 1123 de 2007 se concluye que las inhabilidades son situaciones taxativas determinadas por el legislador en la Constitución y en la Ley que restringen el acceso al ejercicio al cargo público, por lo anterior, que no se ajusta a las situaciones objeto de la consulta.

Por otro lado, en cuanto a los interrogantes tercero y cuarto en caso de considerarse inmerso en una situación donde se evidencie un conflicto de interés por parte del Secretario puede hacerse uso de la figura de funcionario ad hoc designando a una persona para efectos de ejercer tales funciones administrativas para las cuales se encuentra impedido.

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO, del doce (12) de agosto de dos mil trece (2013), Radicación: 11001-03-28-000-2012-00034-00 se pronunció sobre la figura de funcionario ad hoc

señalando lo siguiente:

“Recuérdese que la figura del funcionario ad hoc, está prevista en el artículo 30 del CCA. como garantía del principio de imparcialidad dentro de las actuaciones administrativas, y que la intervención ad hoc de personas ajenas al ejercicio de la función pública es excepcional, máxime si se trata de cargos a los que se accede por elección popular, pues el funcionario ad hoc tiene las mismas competencias, en lo correspondiente, que el reemplazado⁴, por ello, una vez desaparecido el fundamento de hecho de su designación, el ad hoc cesa en el ejercicio de sus funciones y la competencia retorna a quien por disposición constitucional o legal la ejerce como titular en forma permanente”

De esto, que en caso de considerarlo oportuno al tener como resultado del análisis particular por las partes interesadas contemplado la norma y la jurisprudencia sobre la materia, se podrá hacer uso de esta figura para efectos de evitar sobreponer el interés personal sobre el general.

Por último, cabe indicar que las competencias del Departamento Administrativo de la Función Pública de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, ni pronunciarse en circunstancias de carácter particular, por lo que esta Dirección Jurídica conceptualizara de manera general a los temas consultados.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Ana María Naranjo

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando Lopez C

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Corte Constitucional, Sentencia C - 546 de 1993 M.P: CARLOS GAVIRIA DIAZ. 25 de noviembre de 1993.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 22:08:13